Die Analogie im Strafrecht

Eine politisch-weltanschauliche Betrachtung

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Emil Hoffmann

Referendar und Schriftleiter aus Unglinghausen

Marburg 1937

Universitäts-Buchdruckerei Joh. Aug. Koch (Dr. C. Hitzeroth)

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
angenommen am 21. September 1936

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Zimmerl
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Herrfahrdt

Meinen Kameraden

Gliederung

Der Durchbruch einer Idee, die im weltanschaulichen begründet liegt, wird die menschlichen Wertungen von Grund auf einer Kritik zu unterziehen haben, will sie Fundament für eine Epoche sein. Somit vereinigen sich Nationales und Methaphysisches zu typenbildender Kraft, die, zur Erkenntnis gelenkt, ewige Denkmäler setzen muß. Die nationalsozialistische Weltanschauung als das Spiegelbild unseres Glaubens und Geistes muß sich daher eine Wissenschaft gründen, deren Erkenntnistiefe alle Kammern des Lebens durchdringt, dem Fragenden Antwort bringend und kompromißlose, weil wissende Menschen formend. Eine solche totale Schau allen Lebens kann nur in der Generationenkette ihre Wurzeln finden. Fußt doch alles Leben, wenn auch originär gegründet, auf der Erkenntnis und Verbindung von Vergangenheit und Gegenwart. Ein geistesgeschichtlicher Rückblick in die verschiedensten Zweige der menschlichen Kultur schafft daher erst die nötige Distanz zum Gegenwärtigen und die erforderliche Sicherheit, weil er die dabei lebendig werdende Vergangenheit ohne ihre zeitlichen Fehler mit Wissen und Wollen der lebenden Generation vermählt. Eine aus nationalsozialistischem Geist schöpfende Betrachtung eines Gebietes aus der Rechtsordnung darf deshalb nicht losglöst und in einer Sphäre fachlicher Abgrenzung verharren. Sie richtet sich weltanschaulich aus und erhält dadurch Tiefe und Ruhepol. So wird sie lebenswirklich, volksnah, umfassend und erfüllt damit ihre Aufgabe, Volk und Menschheit Wegweiser zu sein. Bei einer Betrachtung der Analogie im Strafrecht werden vor allem diese allgemein-politischen Wertungen notwendig sein. War es doch gerade auf diesem Gebiete der Fehler der verflossenen Periode, daß man zwar den historischen Ausganspunkt suchte und fand, mangels einer alles umspannenden Idee aber in mechanistischem Tasten verblieb, das die wertausfüllenden Faktoren jedes völkischen Organismus vernachlässigte und neutrale, voraussetzungslose Erklärungen gab. Erst seit wieder eine Leben und Recht in ihrer Gesamtheit tragende Idee im Mittelpunkt aller Betrachtungen steht, wird die Entwicklung verständlich und der heute im neuen Recht vorhandene Ideengehalt der Analogie vernünftig.

Während das klassische römische Recht zur Ordnung des Riesenimperiums notgedrungen Gesetzesrecht war und nicht weltanschaulich orientiert sein konnte, herrschte bei den germanischen Stämmen Gewohnheitsrecht. Die Stammes- und staatlichen Zusammenschlüsse der Folgezeit schufen natürlich eine Reihe gesetzmäßiger Festlegungen, die besonders unter dem fränkischen Kaisertum und im Mittelalter die freie Rechtsschöpfung einschränkten. Die CCC brachte die endgültige generelle Durchsetzung des Gesetzesrechts, wenn auch in einem besonderen Teil die Anwendung analoger und gewohnheitsmäßiger Rechtssprechung erlaubt wurde. Die territoriale und religiöse Zersplitterung des deutschen Volkes hinderte aber in den folgenden Jahrhunderten die Durchführung einer gesetzten Rechtsordnung und öffnete der Fürsten- und Richterwillkür Tor und Tür. Es konnte deshalb niemand Wunder nehmen, wenn die Aufklärung mit ihren freigeistigen Ideen bald nach dem alleingesetzlichen Richter und einer für alles verbindlichen Strafrechtsordnung rief. Analogie und Gewohnheitsrecht sollten für immer verbannt werden. Schon im 13. Jahrhundert waren in England ähnliche Gedanken zum Durchbruch gekommen. Johann ohne Land beschränkte in der im Jahre 1215 erlassenen MAGNA CHARTA die Strafe gegen Freie: „nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae“ [1]). In ähnlicher Weise wurde dieser Gedanke in die PETITIONS OF RIGHTS übernommen, von wo er wiederum nach Europa drang und wir ihn bald in der JOSEPHINA (1787) wiederfinden. Der Ausschluß jeder Analogie wird zwei Jahre später durch die DECLARATION DES DROITS DE L'HOMME ET DU CITOYEN ausgesprochen, indem Artikel 8 festlegt: „nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulgée antérieurement au délit et légalement appliquée“. Ähnliche Gedanken finden sich in der Folgezeit im Preußischen Landrecht (Teil II, Titel 20 § 9) und in fast allen deutschen Landesverfassungen wieder. Sie erhalten ihre heute noch gebräuchliche Form und Fassung: „nullum crimen sine lege“ durch Feuerbach. Die in manchen nationalsozialistischen Schriften auftretende Auffassung, der Satz gründe sich auf das römische Recht, dürfte demnach als irrig zu bezeichnen sein [2]). Bis zur Machtübernahme durch den Führer und Reichskanzler hat das Analogieverbot in der obigen Fassung seine Gültigkeit gehabt. Wenn es auch erst durch den neuen Paragraphen 2 StGB. überwunden wurde (1935), so hat die Praxis, weltanschaulichen Erwägungen folgend, bereits seit 1933 eine Lockerung in der Durchführung des alten § 2 eintreten lassen.

Wir haben diese kurze historische Übersicht bewußt an den Anfang dieser Darstellung gestellt, weil es verfehlt wäre, wenn man die Brücken zur Vergangenheit hinter sich zerstörte, um etwa den fremden Geist mit den Wur-

---

1) In Anlehnung an Mezger, Lehrbuch, Teil I, und von Hippel, Lehrbuch, Bd. I.
2) Nicolai, D. R., 3. Jahrgg., Heft 1, Seite 3; Denkschrift Kerrl, S. 127.

zeln auszureißen. Vielmehr wird jeder echte Revolutionär aus dem Wissen um die bessere Idee sorglos die Kenntnis des Alten hinnehmen können und sich an ihm fortbilden. Sein Standpunkt ist ja gegründet, seine Klarheit kann mit anderen Theorien nicht mehr erschüttert werden. Denn nur das Bild aller Lebenszusammenhänge aus Vergangenheit und Gegenwart ist die Voraussetzung für wissenschaftliche Tiefenarbeit. Insbesondere wo uns Prinzipien entgegentreten, an denen der Geist der Vergangenheit beispielhaft darzulegen ist, müssen wir ihn aus unserer nationalsozialistischen Schau für immer zu vernichten trachten. Indem der Kampf um die gesetzlich bestimmte Strafe früher wie heute als effektiv weltanschaulicher anzusehen ist, sind wir verpflichtet, in eine Klärung der juristisch-dogmatischen Natur einzutreten, damit wir von hier aus alle falschen Gesetzmäßigkeiten überwinden können. Aus der menschlichen Unvollkommenheit ergibt sich, daß nicht alle Lebensgebiete in alle Einzelheiten hinein rationell erfaßt werden können. Infolgedessen wird es dem Gesetzgeber auch nicht möglich sein, sämtliche Rechtsfälle und Kombinationen tatbestandsmäßig zu regeln. Vielmehr wird das Gesetz immer Lücken enthalten, deren Ausfüllung einem Bedürfnis der Rechtsanwendung entspricht. Die hieran geknüpften theoretischen Einzelheiten über unrechte und echte Gesetzeslücken interessieren in diesem Zusammenhang nicht [1]). Nach nationalsozialistischer Auffassung entscheidet für deren Ausfüllung auch ein völkisch gesehenes Bedürfnis. Hier setzt die Lehre vom gesetzlich bestimmten Richter ein, die in dem Satz: „nullum crimen sine lege" ihre Stütze hat.

Analogie ist die Auffindung und Anwendung eines Rechtssatzes, den der Text des Gesetzes für den vorliegenden Fall nicht enthält, der sich aber aus der Tendenz gleicher oder sehr ähnlicher Bestimmungen ergibt [2]). Wenn im Schrifttum über sie von fast jedem Autor eine andere Definition gegeben wird und auch über ihr Wesen verschiedene Lehren aufgekommen sind, so darf es im nationalsozialistischen Staat nicht mehr genügen, die verschiedensten Ansichten der Wissenschaft peinlichst genau zu registrieren und gegenüberzustellen. Die Unproduktivität solcher Haarspaltereien ist durch die zweckgebundene Ausrichtung der Wissenschaft überwunden. Darum ziehen wir in unserer Betrachtung aus den vorhandenen Lehren die gemeinsamen Grundelemente heraus, ordnen sie und verhindern so ihre Voraussetzungslosigkeit. Es ist ja nicht wesentlich, ob das deutsche Volk, dem die Erörterungen der Wissenschaft dienen sollen, weiß, was Merkel, Mayer, Ebermaier, Lobe, Frank, Liszt, Kohler oder Mezger u. a. zur Begründung ihrer Lehrmeinungen anführen und mit was sie manche juristischen Plänkeleien begründen. Wichtig erscheinen uns über der selbstverständlichen Kenntnis dieser Ansichten bei einer wissenschaftlichen Bearbeitung nur die Kernfaktoren zu sein. Sie gilt es verständlich herauszuarbeiten. Es ist deshalb im Rahmen dieses Themas bewußt auf die Methode früherer Arbeiten verzichtet, vor allem die Lehrmeinungen darzulegen. Daher bekennt sich diese Arbeit zur kämpferisch-sub-

1) Zitelmann, Lücken im Recht.
2) RGSt. 3, 152.

jektiven Methode. Es wird in ihr immer ein klares Prinzip zu finden sein, das entweder in fremder oder eigener Formel zum Ausdruck kommt, und von dem aus kritisch-klärende und allgemeingültige Gedanken ausgesprochen werden.

Aus der oben gegebenen und vom Reichsgericht herrührenden Formulierung der Analogie ist bereits ersichtlich, daß der Ausgangspunkt für die Anwendung der Einzelfall ist. „Die logische Methode bei der Analogie ist deshalb die der Induktion, das heißt eines Verfahrens, das vom einzelnen speziell ausgeht und von hier aus zum allgemeinen, zu einem neuen obersten Prinzip führt, das von da ab wieder Grundlage der deduktiven Methode ist"[1]). In dem Streben nach rein formalen Abstraktionen und auch als Hilfe gegenüber dem Analogieverbot hat die frühere Wissenschaft eine sehr strenge Grenze zur Gesetzesauslegung gezogen, weil diese auch im früheren Recht erlaubt war. Nach dieser Auffassung unterscheidet sie sich von der Auslegung, daß diese den Gesetzeswillen innerhalb des gesetzlichen Rahmens erforscht und den wahren Willen der objektiven Norm gegenüber seinem unvollkommenen Wortlaut feststellen will [2]).

Gegenstand der Interpretation ist also das Gesetz. Gleichzeitig ist es auch Beginn und Ende. Der in dem Rechtssatz nicht genau ausgedrückte Inhalt wird durch das Mittel der Auslegung umfassend. Während sich die Auslegung mit dem Gesetz befaßt, handelt es sich bei der Analogie um das Recht selber. Mit dieser Unterscheidung liegen die einzelnen Auslegungsfaktoren, wie grammatische, historische, systematische, authentische oder auch Textkritik usw. außerhalb einer solchen Darstellung. Jedoch in der Teleologie finden sich ihre Berührungspunkte mit der Analogie. „Setzt man die Worte des Gesetzes mit dem Gesetzeszweck in Verbindung, so wird die Grenze zwischen Analogie und Zweckauslegung flüssig" [3]). Das ist auch der Grund, weshalb unter den Reichsgerichtsentscheidungen, die sich zur ausdehnenden Auslegung bekennen, in Wirklichkeit manchmal Analogieschlüsse sind. Beispielsweise ist es in § 324 StGB. für die vergifteten Sachen oder die mit gefährlichen Stoffen vermischten unwesentlich, ob der ungefährliche oder der gefährliche vorherrschend ist. § 324 spricht nicht von einer Anwendung des Gesetzes auf die von Natur aus giftigen Heilmittel, die mit unschädlichen Stoffen vermischt worden sind. Dennoch wäre es absurd, wollte sich die Entscheidung in diesem Falle an den Wortlaut klammern. Sie hätte damit zu einem Freispruch des Täters führen müssen, was jedermann unverständlich geblieben wäre. Da die Auslegung aber nur vom Wortlaut her möglich ist, mußte hier der Gesetzessinn herangezogen werden, um Recht zu schaffen. Ähnliche Gedanken vertritt das Reichsgericht, wenn es bei unbefriedigenden Ergebnissen, Unbilligkeiten und willkürlichen Entscheidungen ein starres Haften am Wortlaut für verkehrt hält. So legt es den Ausdruck „im Besitz von Waffen betroffen" in § 3 Waffen-VO. nicht dahingehend aus, daß es nur mit der Waffe in der Hand angetroffene Täter strafe, sondern der § 3 richtet sich

1) Bierling, Zur Prinzipienlehre, Bd. V, S. 60 ff.
2) Leipz. Komm., 4. Aufl., S. 121.
3) Dahm, JW. 34, S. 1176.

generell gegen das unbefugte Waffentragen und den unberechtigten Munitionsbesitz [1]). Wenn das Gesetz wirklich diesen umfassenden Sinn in § 3 gelegt hätte, wäre es ein leichtes gewesen, bei dem Vorhandensein einer Reihe anderer wertausfüllender Begriffe im Strafrecht dem § 3 diese von vornherein weite Fassung zu geben. Die in diesen meist öffentlichen Erfordernissen gerecht werdende Auffassung wird zwar immer als auslegende Rechtsprechung bezeichnet, um den § 2 StGB. zu umgehen, ist aber sehr oft Analogie. Man erkannte zwar die Notwendigkeit, auch in Zweifelsfällen aus dem Gesetz ein zusammenhängendes vernünftiges Ganzes zu machen, fand aber wegen des starren Dogmatismus nicht die verbindende Brücke zwischen Analogie und Auslegung, weil die völkische Zweckschau des Rechts unbekannt war.

Während im bürgerlichen Recht mit Ausnahme der besonders festgelegten Fälle kein Analogieverbot bestand, bestimmte § 2 StGB.: „Eine Handlung kann nur dann mit Strafe belegt werden, wenn diese Strafe gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde." Und die Formulierung in Art. 116 RV. von Weimar verlangt eine vor der begangenen Handlung festgelegte Strafbarkeit. Zwischen beiden Rechtssätzen besteht also der Unterschied, daß einmal die Strafe selbst (StGB.), zum anderen nur die Strafbarkeit gesetzlich ausgesprochen sein soll, im übrigen aber dem Richter freie Hand für Art und Höhe der Strafe gelassen wird. Dieser Unterschied hat in Lehre und Rechtsprechung zu großem Streit geführt und selbst das Reichsgericht ist in seinen Urteilen nicht einheitlich gewesen. So widersprechen sich die Entscheidungen 55, S. 116; 57, S. 406 und 57, S. 49; 56, S. 318. Soweit uns dieser Passus heute noch interessiert, muß festgestellt werden, daß die durch Art. 116 RV. ausgesprochene, teilweise verfassungsmäßige Sanktion als Grundrecht weltanschaulich-politischen Motiven entspringt. Es handelt sich vor allem um die Stellung des Einzelnen zum Staat, die wir später eingehend erörtern werden. Wenn wir an dieser Stelle auf den Streit über das gegenseitige Verhältnis zwischen § 2 StGB. und Art. 116 RV. nicht eingehen, so liegt der Grund in der durch die nationalsozialistische Idee hergestellten Verbindung zwischen Staats- und Strafrecht, die alle konstruierten Gegensätzlichkeiten zwischen beiden Rechtsgebieten beseitigte. Wir halten aber den § 2 StGB. deshalb für weitergehend als Art. 116 RV., weil er dem Richter gegenüber das formalistische Gebot strenger Dogmatik enthält und sein Ermessen auch für Strafart- und -Maß ausschaltet.

Auf Grund der gesetzlichen Festlegungen im Strafgesetzbuch und der Reichsverfassung haben sich Lehre und Praxis [2]) für ein gegen den einzelnen wirkendes Analogieverbot ausgesprochen. Deshalb waren Deutlichkeit und Lückenlosigkeit des Gesetzes anzustreben, die aber wegen des wechselvollen Lebens mit seiner Mannigfaltigkeit niemals erreichbar sind. Traten wegen des Verbotes Schwierigkeiten auf, so half man sich mit den der Auslegung bedürftigen Wertbegriffen wie z. B. grober Unfug, Fahrlässigkeit, Be-

---

1) RGSt. 55, S. 8.

2) Außer Exner und Binding alle Autoren. Exner, Gerechtigkeit und Richteramt. Binding, Lehrbuch I, S. 213 ff.

dürfnis, Rechtsverhältnis usw. Es blieb aber bei der Ablehnung der Analogie. Selbst wenn, wie es im Laufe dieser Darstellung noch gezeigt wird, de facto verbrecherische Handlungen vorhanden waren, an die das Gesetz nicht gedacht hatte, so ließ man sie lieber ungestraft, als von dem Grundsatz gesetzlich bestimmter Strafe abzugehen.

Unter diesen Gesichtspunkten wird auch der Ausschluß des Gewohnheitsrechtes für die Bedrohung mit Strafe verständlich. Es könnte mit seinen neu aufkommenden Wertbegriffen die Buchstabentreue erschüttern und damit dem Rechtsbrecher nicht bekannte Nachteile bringen. Man nahm lieber die zwischen Analogie und Auslegung auftretenden Schwierigkeiten in Kauf und ließ nur die technisch vollkommeneren Formen der geschriebenen Rechtssätze zu. Zu ihnen zählten auch alle Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften. Merkwürdigerweise war der Geltungsbereich dieses unbestrittenen Grundsatzes aber nur das eigentliche Strafrecht, nicht das Disziplinar- oder das Verfassungsrecht oder auch Maßregeln, die keine eigentliche Strafe sind (Einziehung) [1]). Auch hierin bietet sich uns ein Bild von der Uneinheitlichkeit und der Unsicherheit einer voraussetzungslosen Disziplinentrennung ohne weltanschauliche Grund- und Gesamtschau. Mezger hat ihr treffend Ausdruck gegeben, wenn er behauptet, allgemeine Gesichtspunkte seien nicht auf jedes strafrechtliche Gebiet anwendbar, weil dieses seinen eigenen Regeln und Bedürfnissen folge [2]). Wir müssen eine solche Lehre in ihrem ganzen Umfange ablehnen. Eine einheitliche Lebensauffassung auf der Grundlage einer totalen Weltanschauung kann eine verschiedenen Gesetzlichkeiten folgende Reihe von Rechtsdisziplinen und Rechtsgebieten nicht anerkennen. Als Nationalsozialisten gibt es für uns nicht mehr eine Staats-, Wechsel-, Prozeß-, Straf- oder bürgerlich-rechtliche Schau in dem Sinne, daß jedes Gebiet auf einem anderen Grundgedanken aufbaut — bei aller Würdigung ihrer verschiedenartigen Aufgaben — sondern ein einheitliches, politisch-völkisch gesehenes Recht. Mag es sich wie beim bürgerlichen Recht um die Frage Recht oder Unrecht handeln oder im Strafrecht, ob und wie dieses Unrecht bestraft werden soll: Alle Gebiete dienen der Ordnung des in der Organisation des Staates zusammengefaßten Organismus Deutsches Volk. Hier liegt der Schwerpunkt, von dem nur die Funktionen der einzelnen Sparten gesehen werden können.

Dem Richter blieben also vor allem die Schwierigkeiten zwischen Dogma und Gerechtigkeit. Er mußte immer feststellen, ob das von ihm gefällte Urteil noch intra legem war, oder ob die analogia in malam partem es zur Ungültigkeit verdammte. Ein von manchen benutztes Hilfsmittel, die Unterscheidung zwischen Gesetzes- und Rechtsanalogie war aber erst recht geeignet, in einem Begriffspositivismus zu verfallen. Die von Grolmann [3]) und Wächter [4]) aufgestellte Unterscheidung machte einen Unterschied zwischen einem einzigen

---

1) Leipz. Komm., 4. Aufl., S. 29.
2) Mezger, S. 83.
3) Bibliothek für peinliche Rechtswissenschaft I, S. 66—68.
4) Wächter, ANF. 1844, S. 426.

Rechtssatz und einem Komplex von Rechtssätzen. Die Gesetzesanalogie sollte möglich sein, weil sie auf der schmaleren Grundlage eines einzigen Rechtssatzes intra legem bleiben konnte. Diese Quantitäts- statt Qualitätswertung führte zu umfangreichen prinzipiellen Erörterungen, die in der Begriffssphäre haften blieben und für den praktischen Gebrauch zwecklos waren; denn der Fehler all dieser Betrachtungen lag in der mangelnden Ganzheitserkenntnis des völkischen Rechts.

Es wurde schon weiter oben gesagt, daß eine Analogie intra legem erlaubt war. Diese dem Bürger zukommende Schutzvorschrift war noch dahingehend erweitert, daß sie nach unbestrittener Lehre und Rechtsausübung zugunsten des einzelnen in vollem Maße Platz greifen konnte. Hierbei entfielen alle Schwierigkeiten zwischen Auslegung und Analogie.

Wenn auch durch extensive Auslegung und den einzelnen begünstigende Analogie ein weiter Rahmen geschaffen war, um die Lücken in der Gesetzgebung zu beseitigen, so führten sie doch dazu, daß manche gegen die Gemeinschaft sich vergehenden Täter wegen des generellen Analogieverbotes nicht bestraft werden konnten. Deshalb halfen sich Lehre und Rechtsprechung durch Umgehung des Analogieverbots mit kühnen Konstruktionen, wie z. B. bei den Fällen der mittelbaren Täterschaft.

Nach Ansicht des Gesetzgebers des Strafgesetzbuches wird eine Tat durch die Form der Täterschaft oder der Teilnahme (Anstiftung § 48, und Beihilfe § 49) begangen. Täter ist derjenige, der die Ausführungshandlung rechtswidrig und schuldhaft ausführt. Die Teilnahme nach dem Strafgesetzbuch ist die Beteilgiung an der von einem anderen begonnenen und vollendeten Ausführungshandlung, wie auch die Strafbarkeit der Teilnahmehandlung durch die der Haupthandlung bedingt ist. Daraus ergibt sich, daß Anstiftung und Beihilfe nicht möglich sind, wenn der Verbrechenscharakter der Haupttat entfällt. (Sog. Akzessorietät der Teilnahme.) Fehlt es also bei dem Haupttäter an der Schuld, indem entweder Vorsatz oder Fahrlässigkeit nicht gegeben sind, so müßte deshalb auch der Gehilfe — auch wenn in seiner Person eine Schuldform gegeben ist — straffrei ausgehen.

Es entsteht deshalb die Frage nach der Rechtslage, wenn der Verbrecher nicht durch eigene körperliche Tätigkeit, sondern mittels eines anderen nicht vorsätzlich schuldhaft Handeln — den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht. Folgerichtig hätte man nach dem Grundsatz der Akzessorietät der Teilnahme in Verbindung mit dem Analogieverbot diesen Verbrecher, dessen Tun ebenso strafwürdig ist, wie das des unmittelbar selbst Handelnden, straffrei lassen müssen. Hätte man diese Folgerung jedoch gezogen, so wäre unsere gesamte Strafrechtsordnung ins Wanken geraten. Der schlaue und gerissene Verbrecher brauchte sich zur Ausführung seiner Handlung nur eines Geisteskranken zu bedienen, oder einen den Sachverhalt nicht Kennenden zu benutzen, um straffrei zu bleiben. Jede nicht vorsätzlich schuldhaft handelnde Person würde ihm also ein willkommenes Werkzeug für seine verbrecherische Absicht gewesen sein. Tatsächlich wurde auch von niemand eine solche jedem Rechtsempfinden zuwiderlaufende Folgerung gezogen. Man

half sich vielmehr mit folgender gekünstelten Begründung: Das Strafgesetzbuch habe den Begriff der Täterschaft nicht bestimmt. Es habe lediglich aus dem Gesamtbereich der für die tatbestandsmäßige Rechtsgutverletzung ursächlichen (rechtswidrigen und schuldhaften) Handlungsweisen die beiden Formen der Teilnahme in den §§ 48 und 49 StGB. beschrieben. Täter sei daher auch derjenige, der nicht durch eigene Tätigkeit den Tatbestand des Strafgesetzes erfüllt habe, sondern sich zur Ausführung einer nicht vorsätzlich schuldhaften Person bediene. Für diesen umfassenden Täterschaftsbegriff, den Theorie und Praxis aus der Notwendigkeit geschaffen haben, um den mittelbaren Täter zu bestrafen, findet sich im Strafgesetz keine Stütze. Man hat daher diese Konstruktion als erlaubte extensive Interpretation bezeichnet, um nicht in den Verdacht zu kommen, gegen das Analogieverbot zu verstoßen. Vom Standpunkt des restriktiven Täterbegriffs muß natürlich die mittelbare Täterschaft abgelehnt werden. Es handelt sich aber mangels irgend eines Anhaltspunktes im Gesetz in Wahrheit um einen aus der praktischen Notwendigkeit heraus entwickelten Fall der verbotenen Analogie.

Mittelbare Täterschaft ist nach allgemeiner Ansicht gegeben, wenn bei der rechtswidrighandelnden Mittelsperson aus reinen Schuldgesichtspunkten der Vorsatz entfällt, also wenn der unmittelbar Handelnde unzurechnungsfähig ist, aber nicht vorsätzlich handelt. Die Unzulänglichkeit der von der gesamten Lehre gegebenen Begründung kommt am deutlichsten in den beiden schwierigsten und bestrittensten Fällen der mittlbaren Täterschaft zum Ausdruck. Es sind die Fälle der Sonderdelikte und die Deliktstypen, die zur Täterschaft die Erfüllung eines subjektiven Unrechtselementes erfordern, sofern das subjektive Unrechtselement nicht bei der Mittelsperson, wohl aber bei dem sie bestimmenden Hintermann gegeben ist. Also die Fälle der mittelbaren Täterschaft durch ein doloses Werkzeug.

Das bekannteste Beispiel dieser Art ist der Fall, in dem ein Beamter einen Nichtbeamten zur Verfälschung einer ihm dienstlich anvertrauten Urkunde bestimmt. (348. Abs. II, StGB.) Hiernach kann die Mittelsperson, da ihr die nach § 348 II, StGB. geforderte Beamteneigenschaft fehlt, nicht als Täter des Beamtendeliktes bestraft werden. Der ihn bestimmende Beamte ist also nach dieser Terminologie auch kein Anstifter im Sinne des § 48 StGB. Er kann also nicht bestraft werden, trotzdem er sich des Nichtbeamten für seine verbrecherische Handlung bedient und damit nach allgemeiner Rechtsüberzeugung ein Beamtendelikt begeht. Ein Teil der objektiven Lehre [1]) greift als Ausweg wieder zum Begriff der mittelbaren Täterschaft. Dagegen ist einzuwenden, daß das „qualifikationslose dolose Werkzeug" vorsätzlich handelt. Der Beamte kennt aber die zum Tatbestand des § 348 Abs. 2 StGB. gehörenden Tatumstände und handelt zur Erreichung dieses Erfolges. Im Gesetz ist in § 48 StGB. aber ausdrücklich der Fall geregelt, daß eine Per-

1) v. Liszt in sämtlichen Auflagen. Schmidt in von Liszt-Schmidt, § 48 I, und Note 7 und 8; Frank S. 108; Wegner, Reform 26, S. 115; Grünhut, Zschr. 49, S. 133; im Ergebnis Mayer, S. 376—379; ohne Begründung Mezger, S. 432; und Köhler, S. 511.

son auf Betreiben einer anderen eine Tat begeht. Der bestimmende Dritte soll, obwohl er Verursacher ist, nicht als Täter, sondern kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift als Teilnehmer an der Straftat des unmittelbaren Täters bestraft werden. Es ist deshalb nicht möglich, den künstlich geschaffenen Begriff der mittelbaren Täterschaft auf den bestimmenden Hintermann anzuwenden. Dieser logische Gedankengang, der wegen Mangelhaftigkeit des Gesetzes in Verbindung mit dem Analogieverbot des § 2 StGB. zur Straffreiheit des bestimmenden Beamten führt, ist tatsächlich von einem großen Teil der objektiven Lehre bestritten worden [1]. Jedoch wurde ein solches Ergebnis allerseits als äußerst unbillig empfunden. Dennoch begnügte sich ein großer Teil der objektiven Lehre mit dem Hinweis auf die Mangelhaftigkeit des Gesetzes, während sich einige durch Schaffung eines neuen Vorsatzbegriffes zu helfen suchten. So sagte z. B. Mayer, das Werkzeug handele zwar „dolos, aber nicht mit dem für dieses Delikt wesentlichen Vorsatz" [2]. Nach Schmidt [3] handelt das Werkzeug nicht tatbestandsmäßig rechtswidrig in dem Sinne des anzuwendenden Deliktstatbestandes und darum auch nicht vorsätzlich. Flegenheimer sucht sich dadurch zu helfen, daß er den sich eines Nichtbeamten bedienenden Beamten deshalb bestraft, weil dieser die Herbeiführung des Erfolges durch den Nichtbeamten nicht gehindert hat [4], trotzdem er dazu verpflichtet gewesen sei. All diese Lösungsversuche liegen auf der konstruktiven Basis tatbestandsmäßigen Verhaftetseins. Sie können deshalb nicht überzeugen [5], sind deshalb gekünstelt und finden keine Stütze im Gesetz. Einige [6] traten in Erkenntnis dieser rechtsdogmatischen, begriffsjuristischen Begründung schon damals trotz des Analogieverbots gegen eine derartige Auffassung auf und forderten aus rechtspolitischen Gründen eine Bestrafung des Täters. Sie mußten damit der verbotenen Analogie das Wort reden.

Ähnlich ist die Problemstellung in den Fällen der mittelbaren Täterschaft bei den Delikten, die zur Täterschaft die Erfüllung eines subjektiven Unrechtselementes fordern, insbesondere bei den Absichts- und Tendenzdelikten. Hier liegt das subjektive Unrechtselement wohl bei dem bestimmenden Hintermann, nicht aber bei der ausführenden Mittelsperson.

Ein Beispiel möge das näher erläutern. Jemand hat die Absicht, sich eine fremde bewegliche Sache zuzueignen. Er läßt aber die Wegnahmehandlung durch eine Mittelsperson ausführen, die nicht die Zueignungsabsicht hat. Infolgedessen ist der Wegnehmende auch kein Täter, wie auch der Veranlassende kein Anstifter sein kann, da es am Verbrechenscharakter der Hauptstadt fehlt.

---

1) Mittermaier, Zschr. 21, 235; Beling, Zsch. 28, 589; Flegenheimer, a. a. O.; Wachenfeld, Zsch. 40, S. 148; Gerland, Grundfragen 59.
2) S. 376—379.
3) v. L.-S., § 48 Ib, Note 7 zu § 48; Frank, S. 108; Wegner, Reform 26, 116; Grünhut, Zschr. 49, S. 133.
4) Problem des dolosen Werkzeugs. Strafr. Abh. 164, S. 66 ff.
5) Wolf, Strafr. Abh. Über mittelbare Täterschaft, Heft 225, S. 77 ff.
6) Mezger 432; v. Hippel, II, 474, Note 1; Allfeld 214; Köhler 511.

Auch hier hilft sich ein großer Teil der Lehre wieder mit dem Begriff der mittelbaren Täterschaft, indem man ausführt, die Aneignungsabsicht sei als „subjektives Unrechtselement" eine Ergänzung des objektiven Tatbestandes. Liege diese Absicht nicht vor, so sei das Verhalten des Täters nicht tatbestandsmäßig rechtswidrig und damit nicht vorsätzlich im Sinne des § 242 StGB. Die Mittelsperson habe diesen Vorsatz nicht gehabt, könne also auch nicht dafür bestraft werden. Gegen diese Ansicht sind dieselben Gründe wie bei den Sonderdelikten anzuführen. Das Analogieverbot zwang eben Wissenschaft und Rechtsprechung, Konstruktionen zu machen, um die Lücken des Gesetzes auszufüllen. Daraus ergibt sich, daß es auch in diesem Fall unrichtig wäre, wollte man eine solche Technik als extensive Interpretation bezeichnen.

Auch der Fall der „actio libera in causa" bereitete Wissenschaft und Rechtsprechung erhebliche Schwierigkeiten, weil sie am Analogieverbot festhalten wollten, bezw. weil § 2 noch gültig war. Hierbei wird allgemein gefordert, daß der Täter bei Begehung der Tat zurechnungsfähig ist. Wie ist es nun, wenn der Täter im Zustand der Unzurechnungsfähigkeit durch ein Tun oder Unterlassen einen rechtswidrigen Erfolg herbeiführt und diese Handlung ihre Ursache in einem im Zustand der Zurechnungsfähigkeit begangenen schuldhaften Verhalten hat? Hierfür werden im allgemeinen die bekannten Schulbeispiele angeführt. Ein Eisenbahnwärter betrinkt sich in der Absicht, dadurch einen Zugunfall herbeizuführen, daß er im Zustand der Unzurechnungsfähigkeit die Weichen nicht stellt. Oder das andere Beispiel: Eine Mutter nimmt ihr Kind zu sich ins Bett und erdrückt es, da sie sich im Schlafe unruhig hin und her wälzt. Sie hätte aber vorher wissen müssen, daß sie dadurch ihr Kind gefährdet.

In beiden Fällen ist die Rechtsprechung zu einer Bestrafung gelangt und der größte Teil der Lehre hat diese Meinung gebilligt [1]). Man begründet das damit, daß sowohl Wärter als auch Mutter bereits im Zustande der Zurechnungsfähigkeit die Ursachen zu dem eingetretenen Erfolge gesetzt hätten. Die geschichtliche Entwicklung gerade dieser Frage zeigt den Wechsel der Anschauungen und des Rechtes selber. Während die ältere Lehre des gemeinen Rechts zur Bestrafung kam, wurden seit den Lehren Savignys in Preußen, Sachsen und Bayern die Fälle der actio libera in causa nicht bestraft, bis gegen Ende des Jahrhunderts die herrschende Lehre wieder dazu überging.

Eine Reihe anderer unseres Erachtens aber nicht immer stichhaltiger Gründe zur Überwindung des Strafrechtspositivismus sind vorgebracht worden. Sie stehen zwar nicht immer unmittelbar mit dem Analogieverbot in Verbindung, berühren sich aber insoweit mit ihm, als sie zur Schaffung eines volksnahen Rechts beitragen wollen. Man denke zum Beispiel an die Anerkennung übergesetzlicher Strafausschließungsgründe, die Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit und die normative Schuldlehre mit ihrer Begründung.

1) v. L.-S., IV; Allfeld 156; Gerland 83; Köhler 239; Frank 51; Mezger 281; RGSt. 22, 413; RGSt. 60, 29.

Trotz all dieser Versuche blieb der § 2 StGB. ein Hemmnis für den Richter, in manchen auf der Hand liegenden rechtswidrigen und schuldhaften Fällen Strafe zu verhängen. Mochten auch noch so viel Anstrengungen gemacht werden, durch neue Lehren die extensive Auslegung zu erweitern und das Analogieverbot zu umgehen, es gab Situationen, wo der Richter gezwungen war, sich an die Buchstaben des im § 2 StGB. verankerten Verbotes zu klammern. Daher wird es notwendig sein, an Hand von Beispielen aufzuzeigen, welche Exzesse daraus wurden und wie weit diese Formaljuristerei von dem Gedanken jeden wirklichen Rechts abkommen mußte.

In dem viel erörterten Elektrizitätsfall, der um die Jahrhundertwende des vergangenen Jahrhunderts vom Reichsgericht entschieden wurde, finden wir treffend diese formalistische Buchstabentreue. Jemand hatte sich unerlaubt durch einen elektrischen Leiter Strom besorgt. Er wurde wegen Diebstahls angeklagt, aber vom Reichsgericht deshalb freigesprochen, weil Elektrizität keine Sache im Sinne des § 242 StGB. darstelle. Es handele sich in diesem Falle vielmehr um Energien, die nicht von § 242 berücksichtigt würden, und eine Bestrafung zu Ungunsten des Täters sei wegen des Analogieverbotes nicht möglich. Aus diesem Grunde mußte ein eigenes Gesetz geschaffen werden, das in Zukunft die unerlaubte Entziehung von elektrischer Energie unter Strafandrohung stellte [1]).

Dem Rechtsgefühl entsprach es immer, wenn der blinde Passagier wegen Benutzung der Eisenbahn oder eines Schiffes ohne Fahrkarte bestraft wurde. Die Subsumtion unter die Begriffsmerkmale des Betruges (§ 263 StGB.) waren aber nicht immer leicht zu finden, wenn das Personal der Eisenbahn von der Mitfahrt des Betreffenden keine Ahnung hatte. Dieser hatte in dem Falle keine Täuschung erregt [2]). Deshalb hat das Reichsgericht Betrug abgelehnt und in der unerlaubten Fahrt lediglich eine eigenmächtige Benutzung von Verkehrseinrichtungen gesehen, falls die Eisenbahnverwaltung keine Vorstellung von der Anwesenheit des blinden Passagiers hatte [3]).

Das Wesen der Hehlerei besteht in der Aufrechterhaltung einer durch eine strafbare Vortat geschaffenen rechtswidrigen Vermögenslage [4]). Strafbar erworben sind aber nach der formalen Auslegung des Reichsgerichts nur die unmittelbar durch die Vortat erlangten Sachen, nicht auch ihr Erlös [5]). Hehler ist also nicht, wer unmittelbar einen gestohlenen Hundertmarkschein zum Wechseln auf die Bank bringt und dafür neue kleinere Scheine ersteht, um sie dem anderen auszuhändigen. Wird aus einem Konfektionshaus Stoff gestohlen, um ihn einem anderen zu übergeben, so ist dieser dann kein Hehler, wenn aus diesem Stoff inzwischen ein Anzug entstanden ist. Weiter läßt das Reichsgericht eine Urkundenabschrift nicht unter den Tatbestand der Urkundenfälschung bei Vorliegen aller anderen Tat-

1) RGSt. 29, 185.
2) Frank, 263 V, Anm. 5.
3) JW. 34, S. 2938.
4) RGSt. 52, S. 318.
5) RGSt. 47, 313 und RGSt. 57, 159.

bestandmerkmale fallen, auch wenn diese falsche Urkunde die gleiche Funktion wie die echte ausübt [1]).

Wenn bei einer Hausdurchsuchung Diebesgut gefunden wurde und feststand, daß es durch den betreffenden in sein Haus geschafft worden war, zwischen Hehlerei und Diebstahl aber die Möglichkeit offen blieb, so konnte nach der älteren Rechtsprechung weder wegen Diebstahl noch wegen Hehlerei bestraft werden, da eine formalistische Interpretation eine alternative Strafandrohung nicht zuließ. Nach § 288 StGB. wird bestraft, wer Bestandteile seines Vermögens mit der Absicht beiseite schafft, oder verkauft, um sie bei einer drohenden Zwangsvollstreckung dem Zugriff des Gerichtsvollziehers und damit des Gläubigers zu entziehen. Handelt aber der gesetzliche Vertreter von juristischen Personen in gleicher Weise, so hat man diesen freigesprochen, weil die Zwangsvollstreckung nicht seinem eigenen Vermögen drohe [2]).

Der § 308 StGB. ist auf Brandstifter an eigenem und fremden Eigentum gemünzt. Bedient sich aber ein Täter einer leicht brennbaren herrenlosen Sache, die das Feuer überträgt, ließ die Rechtsprechung des Reichsgerichts eine Bestrafung nicht zu, da ein Tatbestandsmerkmal des betreffenden Paragraphen nicht erfüllt und die analoge Bestrafung in malam partem nicht zulässig sei.

In einem anderen Fall erklärt das Reichsgericht, auch wenn im geschäftlichen Verkehr durch einzelne Gesetzeslücken Treu und Glauben gefährdet würden, so sei es dennoch mit dem Recht unvereinbar, wenn auf Grund dieser Tatsache ein Richter die verbotene Analogie anwenden würde.

Ein sehr bedenkliches Beispiel ist auch das Urteil des Reichsgerichts im Zusammenhang mit der Staatenlosigkeit. In § 4 Abs. II Ziffer 3 StGB. „wird nach den Strafgesetzen des Deutschen Reiches verfolgt ein Deutscher, welcher im Ausland [3]) eine strafbare Handlung begangen hat, die nach den Gesetzen des Deutschen Reiches als Verbrechen gilt". Voraussetzung für einen solchen Passus ist die völlig aufgeteilte Erde, ohne staatenlose Gebiete. In Wirklichkeit sind diese aber noch zahlreich vorhanden (Arktis oder manche neu entstehende Inseln). Auch denke man an Expeditionen in völlig unerforschten Gebieten. Hier könnte wegen des bestehenden Analogieverbotes ein Mord z. B. deshalb nicht bestraft werden, weil in § 4 StGB. nicht an Staatenlosigkeit gedacht ist, also ein Tatbestandselement fehlt.

Der § 243 Abs. 2 sieht nach der früheren Anschauung unter schwerem Diebstahl nur dann ein Erbrechen von Behältnissen an, wenn der Täter dies noch im Gebäude vollendet hatte. Infolgedessen lehnte das Reichsgericht das Vorliegen des erfüllten § 243 Nr. 2 ab, wenn der Täter das Behältnis aus dem Gebäude oder verschlossenen Raum weggeschafft, aber erst außerhalb erbrochen hatte. Beim Raub des § 249 StGB. verlangt das Gesetz unter anderem als Mittel des Verbrechens die Wegnahme

1) RGSt. 26, S. 270.
2) RGSt. 60, S. 235.
3) Ausland nicht im Gegensatz zum Inland, sondern staatlich gesehen.

und die Anwendung von Gewalt. Schlich sich aber der Täter an den zu Beraubenden unauffällig heran und nahm dem Ahnungslosen blitzschnell die Sache weg, so wollte man darin keine Gewaltanwendung erblicken [1]).

Nach § 303 StGB. wird bestraft, wer rechtswidrig schuldhaft eine fremde Sache beschädigt oder zerstört. Warf jemand aber eine Sache weg, ohne daß sie zerstört wurde, oder öffnete man den Papageienkäfig eines anderen, so daß das Tier fortflog, so ließ man den Täter deshalb frei, weil keine Beschädigung eintrete. Eine Gefahr für einen gehüteten Vogel ist aber wegen dessen Hilflosigkeit immer vorhanden, insbesondere bei solchen Vögeln, die in der Gefangenschaft geboren sind. Sie werden nichts mit ihrer Freiheit anzufangen wissen und ständig in Gefahr sein, umzukommen. Es handelt sich in diesem Falle doch darum, dem Besitzer oder Eigentümer die Sachen unversehrt zu erhalten. Dies ist aber schon nicht mehr der Fall, wenn sie aus einer Obhut weggenommen werden, so daß er nicht mehr in der Lage ist, sie ständig zu betreuen. Darum ist an der von Schwarz vertretenen Ansicht, ein Grundgedanke von § 303 treffe auf diesen Tatbestand zu, festzuhalten [2]).

Aus der großen Zahl dieser durch das starre Festhalten an dem Analogieverbot in der Vergangenheit verursachten Rechtsunbilden sei noch ein Urteil des Reichsgerichts genannt, das dieses noch im Jahre 1933 gefällt hat. Es handelt sich um den bekannten Automatenfall, der wegen seiner Ahnungslosigkeit sehr viel Kritik und nach unserer Meinung berechtigte Kritik hervorgerufen hat.

Zwei Angeklagte hatten Münzfernsprecher dadurch mißbräuchlich benutzt, daß sie anstelle von Zehnpfennigstücken verschiedene breitgeklopfte Zweipfennigstücke verwandten. Auf diese Weise führten sie Selbstanschlußgespräche. Das Reichsgericht sah von einer Verurteilung ab und begründete dies folgendermaßen: Durch die Selbstanschlußapparate werde eine Täuschung der Telefonangestellten vermieden. Somit entfalle ein für den Betrug wesentliches Tatbestandselement. Eine Beschädigung des Apparates oder eine Vornahme von Veränderungen sei auch nicht der Fall. Insoweit könnten auch die §§ 304, 317, 318a, Abs. 2 StGB. nicht Platz greifen. Das Gesetz wegen Entziehung elektrischer Arbeit könne ebenfalls nicht in Frage kommen, da in ihm ebenfalls lediglich der elektrische Strom gemeint ist, der mittelns eines Leiters fortgepflanzt werde. Hier sei aber keine Vorrichtung vorhanden, die vermöge ihrer physikalischen Eigenschaften dazu in der Lage sei; denn Zweipfennigstücke seien keine Leiter in diesem Sinne. Zwar sei elektrische Arbeit entzogen worden, aber nicht durch einen fremden Leiter, sondern durch die vorhandene und diesem Zwecke dienende Einrichtung auf gewöhnliche Art und Weise. Da aber der Richter nicht befugt sei, neu auftretende Verbrechenstatbestände, soweit das Gesetz sie nicht geregelt habe, im Wege der Analogie zu bestrafen, müsse der Angeklagte straffrei bleiben [3]).

---

1) RGSt. 7, S. 419 ff.

2) a. A. Zimmerl, S. 10; in Festschrift für Graf Gleispach; Schwarz, S. 250; in Gerichtssaal S. 106; RE. 13, 27.

3) RGSt. 68, S. 65—70.

Diese wenigen aus der Fülle herausgenommenen Beispiele zeigen bereits, welche Schwierigkeiten für den Richter das Analogieverbot des § 2 StGB. darstellte. Half man sich auch durch logische Konstruktionen, wie es weiter oben gezeigt wurde, so mußten doch eine Reihe strafwürdiger Handlungen ohne Strafe bleiben, trotzdem das Rechtsgefühl sie als solche ansah. Es gab sogar eine Menge von Fällen, wo die Gerichte trotz des Analogieverbotes so stark auf die lebendige Rechtsüberzeugung hörten, daß sie einfach — wenn auch konstruktiv und mit Interpretationsbegründung — darüber hinweggingen. Insbesondere bei den Betrugs-, Unterschlagungs- und Jagddelikten hat das Reichsgericht niemals enge Grenzen zwischen Analogie und Auslegung gezogen, einfach aus der Tatsache heraus, daß die Mannigfaltigkeit der Begehung unbegrenzt ist. So traten mit dem § 2 StGB. immer wieder Schwierigkeiten auf, machten sich Mängel bemerkbar, wurden wieder konstruktiv umgangen, ohne daß der Grund allen Übels, der Paragraph selber, beseitigt wurde. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit, dem Festhalten an dem Grundsatz nulla poena sine lege auf den Grund zu gehen.

Wenn trotz all dieser immer wieder vorgebrachten und festgestellten Mängel des Analogieverbotes von Lehre und Rechtsprechung an ihm festgehalten wurde, so liegen dieser Tatsache politisch-weltanschauliche Gesichtspunkte zugrunde. Die oben kurz angedeutete geschichtliche Entwicklung des Grundsatzes „nulla poena sine lege“ zeigte uns bereits die Entstehung dieses Gedankens als politische Forderung und Geistesäußerung des Liberalismus. Es wäre nun verfehlt, dem entgegenzuhalten, daß auch das römische und das mittelalterliche deutsche Recht zu fester tatbestandsmäßiger Abgrenzung geschritten seien, weil der Rechtssicherheitsgedanke sich zugunsten des einzelnen bereits ausgeprägt habe. Einer solchen Entwicklung lagen lediglich politisch-organisatorische Erwägungen zugrunde. Wie hätte das aus vielen Völkern wahllos zusammengewürfelte römische Imperium aufrechterhalten werden können, wenn nicht eine einheitliche staatlich bürokratische und rechtliche Führung das Völkergemisch geleitet hätte? Und die Stammeskönige und deutschen Kaiser gingen bei zunehmender Verschmelzung der deutschen Stämme zu einer ebensolchen rechtlichen Normierung über, weil die staatliche Ordnung durch eine derartige Übersichtlichkeit besser aufrechterhalten werden konnte. Keine weltanschaulichen Gedanken waren hier maßgeblich, erst recht nicht die Rücksicht auf Leben und Freiheit der Untertanen. Vielmehr stellte sich eine in dieser Linie liegende Entwicklung als das ordnende organisatorische Prinzip jeder gesunden Staatsführung dar. Der Gesetzgebungsstaat der Aufklärung, der auf dem Satz „nulla poena sine lege“ gegründet ist, wird in seinem Wesen erst verständlich, wenn wir sein geschichtliches Werden berücksichtigen. Aus der Willkürherrschaft der Fürsten und der Richter, wie sie in der partikularistischen Niedergangsepoche und der Zeit innerer religiöser Fehden nach Beendigung des Mittelalters in deutschen Landen üblich geworden war, entstand mit zunehmendem Erwachen der geistigen Freiheit eine

allgemeine Opposition, die sich vorerst gegen den greifbaren Terror geltend machte. Als solcher bot sich den revolutionären Kräften der Staat selber dar. War er es doch, der die Anwendung und Durchsetzung der das Volk bedrückenden Prinzipien ermöglichte. Er hielt nämlich auf der einen Seite Institutionen aufrecht, die Träger dieser Willkürmaßnahmen waren, zum andern gab er der Allgemeinheit gegenüber keine Abgrenzung für die Befugnisse staatlicher und richterlicher Handlungsmöglichkeit. Indem man die gesetzlich bestimmte Strafe forderte, wollte man eine freie bürgerliche Individualsphäre besitzen, die von jedem Eingriff hoheitlicher Stellen verschont blieb. Neben der Gesetzesautorität darf keine sonstige bestehen. Regierung oder Richter können nur auf Grund des Gesetzes oder im Namen des Gesetzes handeln oder entscheiden. Der Richter ist also Subsumtionsmaschine [1]). Die Gesetze haben deshalb einfach, bestimmt und klar zu sein, damit der Richter sie besser subsumieren kann. Somit entstehen die scharfumrissenen Tatbestände und die Basis für das Analogieverbot ist gegeben. Eine Willkürherrschaft von Fürsten und Richtern entfällt mit diesen Tatbeständen. Der einmal erwachte freiheitliche Geist, als Kind seiner Zeit verständlich, mußte als revolutionäre Idee sehr bald Form und Inhalt dieser Forderungen weiten. Er wurde damit in Aufklärungsschrifttum Wegbereiter des Revolutionszeitalters, das mit der französischen Revolution begann und den Individualismus zur herrschenden Lehre machte. Erst der Nationalsozialismus hat sein im Wandel der Zeit mannigfaltig verändertes Haus für immer zerstört und eine andere Lebensauffassung zum Lebensprinzip erhoben.

Noch den Druck der Richterwillkür verspürend, unterzog man deren „Beschützer", den Staat, in seinem Wesen und seinen Aufgaben einer eingehenden Kritik. Zwar erkannte man, daß die staatliche Autorität aus Gründen der Sicherheit für den einzelnen vorhanden sein müsse und bestritt somit weder Existenz noch Befugnisse. Dies sollte aber der einzige Sinn des Staates sein. Insbesondere wurden diese Gedanken Allgemeingut, als die Hobbesschen Lehren von der Staatsentstehung durchdrangen und von Montesquieu und Rousseau ausgebaut wurden. Danach sollte der Staat durch Vereinbarung der Individuen zustandegekommen sein, um den Kampf aller gegen alle zu beenden. Der den Staat begründende Vertrag der Bürger lag also einseitig in ihrem Interesse. Eine vom Individuum ausgehende Schau trat in den Mittelpunkt aller Betrachtungen, die an den Staat die Forderung stellte, die individuelle Freiheit zu garantieren. Das Verhältnis von Staat und Einzelnem war eine sich in allem zeigende Gegnerschaft. Wenn die Verfassungen der Einzelstaaten im 19. und 20. Jahrhundert und die Reichsverfassung von Weimar dazu übergingen, mit einem Grundrechtskatalog die dem Individuum verbleibende Freiheit aufzuzeigen, so handeln sie in folgerichtiger Fortbildung dieses Geistes. Was nicht verboten war, war erlaubt. Der einzelne mußte also genaue Kenntnis über Art und Umfang des dem Staat zugestandenen Rechts haben. Das Strafrecht wird damit zur

---

1) Henkel, Strafrichter und Gesetz, S. 11.

„magna charta des Individuums" [1]). Alles außer ihm liegende war unbeschränkbare Freiheitssphäre des Bürgers.

Der Verbrecher erhielt auf diese Weise von der für ihn gesetzten Rechtsordnung einen Anspruch gegen den Staat, nur nach gesetztem Recht bestraft zu werden. Deutlich finden wir diesen liberalistischen Geist in der Darstellung des Juden M. E. Mayer, der behauptet, das Strafgesetz sei für den Verbrecher gegeben [2]). Die treffendste Definition dieses an den Staat angelegten privatrechtlichen Denkens finden wir in der These ausgedrückt: „Recht schafft nur das Gesetz. Gesetz gleich Recht [3]). Mithin mußte der Grundsatz nulla poena sine lege unverrückbare Voraussetzung dieses Denkens sein. Zu der durch diese Lehre auftretenden Beschränkung des Rechts kamen eine Reihe anderer Erwägungen. Die Gewaltenteilungslehre von Montesquieu schied Justiz und Gesetzgebung. Der Richter hatte nicht mehr die Aufgabe der Rechtsschöpfung und damit der Gesetzesfindung.

Vom Rechtssicherheitsbegriff her wurde der Grundsatz des gesetzlich gebundenen Richters ebenfalls hergeleitet. Rümelin hat diesem Begriff die Formulierung gegeben, er bedeute das Vertrauen des Bürgers auf die Verwirklichung einer gegebenen Ordnung durch den Staat [4]). Nur was gesetzmäßig jedermann greifbar niedergelegt war, konnte Rechtsgleichheit und Gleichmäßigkeit der Urteilsfindung gewährleisten. Nur das lückenlose, klare und eindeutige Gesetz verbürgte damit die Gerechtigkeit. Dazu trat der Gedanke der Strafzwecke, die vor allem durch den später auftretenden Schulenstreit von Klassischer und Moderner Schule für die Begründung der Notwendigkeit des Grundsatzes: „nulla poena sine lege" geltend gemacht wurden. Vorher schon hatte Feuerbach mit seiner Lehre vom psychologischen Zwang der Strafgesetze die Behauptung aufgestellt, der Verbrecher werde durch die Fixierung der verbotenen Tatbestände und ihre Verbindung mit einer genau umrissenen Strafe an der Ausübung seiner Tat gehindert. Das Lustgefühl überwiege das Unlustgefühl, deshalb müsse die Strafe schwerer sein, damit das Lustgefühl unterdrückt werde. Feuerbach bleibt aber hier Theoretiker, denn der Verbrecher rechnet meist nicht mit einem Erwischtwerden. Insbesondere die klassische Schule im Strafrecht schloß sich dieser Terminologie an. Sie war ja auch in ihrem Wesen ganz mit der Ideologie der Aufklärung verbunden, wenn sie das Verhältnis des Einzelnen zum Staat auch anders sah. Hier lehnte sie die von Hobbes ausgehenden Staatsvertragsgedanken ab und unterwarf das Individuum unter die staatliche Autorität. Der Staat stellt die Richtlinien seiner autoritären Führung im Gesetz auf und verleiht ihm damit die Eigenschaft, einzige Quelle der Straf-

---

1) Henkel, Strafrichter und Gesetz, S. 14.
2) Strafrecht 1915, S. 24.
3) Bei Henkel, S. 15.
4) a. a. O.

barkeit zu sein. „Höchster Strafwert ist die Gesetzmäßigkeit. Oberste Forderung: Herrschaft der bindenden Gesetzregel über die Strafjustiz. Herrschaft des Gesetzes auch über den Staatsbürger [1]). Damit wird das Gesetz neben der magna charta des Verbrechers auch eine solche „des friedlichen Bürgers und gegen den Rechtsbrecher" [2]). Die erzieherische Wirkung ist der Feuerbachs ähnlich. Indem die festumgrenzten Straftatbestände auch dem Primitivsten ein Bild von Verbotenem und Erlaubtem geben, können sie jeden vom Unrecht abhalten. Demgegenüber vertrat die Moderne Strafrechtsschule den Gedanken spezialpräventiver Strafe. Anstelle der Vergeltungsmaßstäbe sollte der Gedanke der Sicherung und Besserung treten, der ein Werten der Psyche des Verbrechers ermöglichte. So wurde die Entscheidung des Richters freier und lockerte das starre Tatbestandsdenken. Die konsequente Fortsetzung hätte die Aufhebung von § 2 StGB. bringen müssen. Dennoch hinderte die Furcht vor der Richterwillkür seine Geltendmachung. Man zog sich auf den bestehenden Zustand zurück und benutzte das Analogieverbot als magna charta des Verbrechers. Immer mehr zog man sich im Laufe der Entwicklung auf die Paragraphen zurück. Es entstand ein Dogmatismus in Reinkultur.

Nicht der Geist des Rechts stand im Mittelpunkt ihrer Lehre, warum sie auch dem gesunden Rechtsgefühl des Volkes unverständlich blieb. Richter und Lehrer sahen unbegreiflicherweise in der Beherrschung der Technik der Paragraphen ihre höchste Aufgabe. Sie waren keine Rechtsschöpfer, sondern Kombinationsgenies und Beherrscher von Tricksystemen. Höhere Mathematik und juristische Paragraphenkunst traten damit in enge Berührung miteinander. Aus einer solchen intellektualistischen Begriffsspielerei ist auch die Neigung des Judentums zur Juristerei zu verstehen; denn es kennt keine heimatlich-völkische Aufgabe oder eine gemeinschaftsfördernde Zwecksetzung des Rechts. Auch die kriminalpolitischen Bestrebungen der Modernen Strafrechtsschule brachten den Satz nulla poena sine lege nicht zu Fall. Ihre Persönlichkeitserörterungen mußten mangels einer zugrundeliegenden Weltanschauung zwangsläufig zum Naturalismus führen.

Wenn in den weiter oben dargelegten Beispielen zum Ausdruck gekommen ist, daß die weiterschreitende Entwicklung, vor allem die überstürzten Erfindungen in der Rechtsprechung ein Eingehen auf diese Erfordernisse notwendig machte, so blieb doch die Wissenschaft abseits. Sie betonte ihre Voraussetzungslosigkeit und hinkte der Entwicklung nach. Wurde auch von manchen das Analogieverbot als Hemmnis empfunden, so betrachtete man es doch als „politische Klausel" [3]), die man, wenn auch manchmal mit leisem Zweifel, hinnahm. Nur ganz wenige, unter ihnen mit klarer Beweisführung Exner [4]), haben gegen die Volksfremdheit des § 2 Stellung genommen. An dieser Behauptung ändern die oben angegebenen Beispiele der Rechtsprechung

---

1) R. Schmidt, DJZ. 25, S. 1292.
2) Henkel, Strafrichter usw.
3) Schaffstein, Politische Strafrechtswissenschaft.
4) Exner, Gerechtigkeit usw., Binding, Lehrbuch S. 213 ff.

des Reichsgerichts nichts. Versuchte man auch über die extensive Auslegung schwierige Härten und Gesetzeslücken zu überwinden, es blieben manche Recht und Rechtsgefühl widersprechenden Urteile. Das Recht war damit selbst gefährdet. Die Versuche, die dogmatische Starrheit des Analogieverbots zu beseitigen, scheiterten an der destruktiven Natur des Parlamentarismus.

Durch die mannigfaltigen Beratungen vor Gesetzeserlaß im Gremium und in den Ausschüssen des Reichstages entspannen sich endlose Debatten. Insbesondere deshalb, weil die weltanschaulichen Gegensätze der Parteien aufeinandertrafen. Nicht nur führten sie bei jedem Wort einer Vorlage ins Uferlose, sondern die Abgeordneten waren auch an ihre Parteidisziplin gebunden, die sie aus existentiellen Gründen andere Entscheidungen fällen ließ, als ihnen Verstand und Gefühl vorschrieben. Das System hinderte so eine Auslese, wie überhaupt die Anonymität das Kennzeichen des Parlamentarismus ist. Die Folge war Verantwortungslosigkeit. Wer hätte auch einen Ausschuß, Koalitionen oder eine Mehrheitsentscheidung zur Rechenschaft ziehen wollen? Waren die tatsächlichen Voraussetzungen gegeben, so hinderten doch lange Instanzenschwierigkeiten oder die vielen Schlupfwinkel der parlamentarischen Unsicherheit eine wirksame Bestrafung. Ging man endlich einmal heran, festzustellen, was für Gesetzeslücken beseitigt werden mußten, so wurden durch Reichstagsauflösungen alle Arbeiten unterbrochen oder sogar gänzlich eingestellt. Es war ja oft der Fall, daß die neuen Mehrheiten ganz andere politisch-weltanschauliche Gesichtspunkte anlegten. So schleppten sich die alten volksfremden Strafbestimmungen wie ein Geschwür am Volkskörper fort, Volk und Rechtsprechung immer trennend. Es seien in diesem Zusammenhang die jahrelangen Anstrengungen über die Neufassung des Strafgesetzbuches erwähnt. Ihre Marksteine drücken sich aus in den Jahren: 1911, 13, 19, 22, 25, 27, 30. Sechsmal allein nach dem Kriege sind die Versuche dem Reichstag vorgelegt worden, sechsmal blieben sie Entwürfe. Es mag wie eine Groteske anmuten: der Staat der garantierten Grundrechte findet nicht die verfassungsmäßige Form, um sie zu gewährleisten. Während des ganzen Weimarer Systems war es nicht möglich, einen einzigen der vorgelegten Entwürfe im Reichstag als Gesetz durchzubringen. So blieb das Analogieverbot trotz der oben erwähnten Rechtsbehelfe als bindende und berücksichtigte Vorschrift des Strafgesetzbuches bestehen.

Wenn wir durch Herausstellen der ideengeschichtlichen Grundlagen für die Aufrechterhaltung des Satzes „nulla poena sine lege" dessen politisch-geistige Bedingtheit zeigten, so mußte eine neue Weltanschauung sehr bald mit ihr in Konflikt kommen. Als ihr nach dem politischen Siege des Nationalsozialismus die Tore uneingeschränkt geöffnet wurden, griff man sogleich den „politischen Paragraphen" des Strafrechts [1]) auf und unterzog ihn eingehender Kritik. An die Stelle eines voraussetzungslosen Denkens trat die nationalsozialistische Weltanschauung mit ihrer Gebundenheit an Volk, Blut und Scholle. Damit erhielt auch der Staat als völkische Organisationsform von ihr seine Akzentuierung. Man sah ihn nicht mehr als „Wächter der Legalität", der in der Aufrechterhaltung der gesetzlichen Ordnung seinen einzigen Zweck erfüllte. Er war auch nicht mehr „der Hüter der Verfassung" [2]) der justizstaatlichen Zeit, in der die Gerichte darüber wachten, daß zur Gewährleistung der Gerechtigkeit Gesetzgebung und Regierung ihre verfassungsmäßigen Grenzen einhielten, wie es auch noch im Staatsgerichtshof der Weimarer Zeit der Fall war und in USA. heute noch oberstes Recht ist. Auch die demokratische Auffassung verschwand: Der Staat schaffe die Identität von Regierenden und Regierten, Herrscher und Beherrschten, Subjekt und Objekt der staatlichen Autorität. Die Identität des Volkes mit seiner Repräsentation im Parlament und die Identität von Staat und Gesetz [3]). Endlich war er nicht in dem Sinne autoritär, daß er im Gesetz den befehlsmäßigen Ausgangspunkt, die stetige Ordnung und die einzige Tradition sah. Im nationalsozialistischen Denken tritt der Sinn des Staates in den Vordergrund aller Betrachtung. Begnügen wir uns im Rahmen dieser Darstellung über Wesen und Aufgaben des Staates mit der Definition des Führers, als der stärksten Staatspersönlichkeit unserer Zeit. Der Führer sagt: „Der Staat stellt keinen Zweck, sondern ein Mittel zum Zweck dar. Er ist wohl die Voraussetzung zur Bildung einer höheren menschlichen Kultur, allein nicht die Ursache derselben. Diese liegt vielmehr ausschließlich im Vorhandensein einer zur Kultur befähigten Rasse" [4]). Die Voraussetzung unseres Staates ist damit das deutsche Volk in seiner Mannigfaltigkeit und seiner Vielgestalt. Im einzelnen brauchen uns in dieser strafrechtlichen Darstellung die Probleme des Staatsrechts nicht zu interessieren, ebenso wie wir die verschiedensten Ansichten der wissenschaftlichen Lehrer hierbei unberücksichtigt lassen können, soweit sich aus der innigen Verknüpfung von Straf- und Staatsrecht nicht direkte Folgen ergeben. Der Staat als das dem Volke dienende Mittel hat dieses nicht mehr als die organisatorisch zusammengefaßte Summe von Individuen zu erfassen [5]), sondern als die leben-

---

1) Freisler a. a. O.
2) Carl Schmitt, Der Hüter der Verfassung.
3) Kelsen.
4) Mein Kampf, S. 431, 1935.
5) Schaffstein a. a. O.

dige Gemeinschaft und als den Träger alles rechtlichen und politischen Denkens. „Den Formalwerten des Staatsmechanismus setzen wir die Substanzwerte der Nation entgegen [1]). Damit erkennen wir auch, daß die Staatsbetrachtungsweise, wie sie uns in „Volk, Bewegung, Staat" [2]) entgegentritt, niemals dem völkisch-dynamischen Faktor gerecht wird. Wir können den Staat nicht in einer dreigegliederten Reihe neben die Nation stellen, weil wir dadurch zu einer statischen Überspitztheit kommen, die zum formalen Gesetzespositivismus zurückführt. Für den Nationalsozialismus ist dieses System der Staastpersönlichkeit nicht vorhanden. Er ist zwar ein Faktor, aber kein sich selbst gefälliger faschistischer. Sein Eigenleben und seine Existenz ruhen vielmehr auf dem Ordnungswillen der ihn tragenden Gemeinschaft. Aus den gleichen Gründen halten wir auch die Bezeichnung „totaler Staat" [3]), die in der ersten Zeit nach dem Siege des Nationalsozialismus oft und auch heute noch zuweilen auftritt, für unrichtig. Denn für uns ist nicht wie für den Faschismus der Staat höchste Vollendung, der deshalb auch die Lebensgebiete und alle Interessen total zu umfassen hat, sondern er schöpft seinen Herrschaftsbereich aus der ihm übergeordneten Quelle, dem deutschen Volke. „Die Nation als Träger immanenter Werte und Aufgaben ist Quelle, Sinn und Rechtfertigung aller staatlichen Machtentfaltung [4]). Es würde deshalb den völkischen Ausgangspunkt verwischen, wollte man eine Synthese zwischen der Volksgemeinschaft und dem Staat herstellen. Beide würden dann in Kompetenzkonflikte kommen, während das Volk als lebendiger Organismus seiner Organisationsform befehlen muß.

Aus dem Primat des Volkes vor dem Staat ergibt sich auch die Stellung des Einzelnen in der Volksgemeinschaft. Hatte noch der liberale Staat den Freiheitsbegriff des Einzelnen garantiert und ihn nur soweit in Anspruch genommen, wie Ordnung und Sicherheit es dringend erforderten, oder mit Forsthoff zu sprechen, „dem Individuum die größtmögliche Ungestörtheit in der privaten Existenz geboten" [5]), so wies der Nationalsozialismus dem Einzelnen die Abhängigkeit von und den Rang in der völkischen Gemeinschaft. Nur durch das Volk wird die Existenz des Volksgenossen geschützt und erhalten, weil er täglich von ihm abhängig ist. So wertvoll nun die Persönlichkeit im Rahmen des gesamten Volkes ist, so kann ihr doch keine Privatsphäre zugebilligt werden. Nicht Ich, sondern Wir heißt die Staatsauffassung. Von ihr aus ist alle Gesetzlichkeit zu verstehen, wie sie sich programmatisch in dem Satze ausdrückt: Gemeinnutz geht vor Eigennutz! [6]). Das Recht des Nationalsozialismus dient also nicht vordringlich dem Einzelnen, sondern der Gesamtheit des Volkes, wie auch der Einzelne nur im Rahmen dieser Gesamtheit für wertvoll erachtet wird. Durch die

---

1) Hans Frank, JW. a. a. O.
2) ES. 1934.
3) Spann, Der totale Staat. Dahm-Schaffstein, Liberales oder autoritäres Strafrecht 32.
4) Schaffstein, Politische Strafrechtswissenschaft.
5) Forsthoff, Der totale Staat, S. 11.
6) Programm der NSDAP., Art. 11.

Unterordnung des Einzelnen unter die Lebensinteressen des Gesamtvolkes entschwindet der Kampf aller gegen alle. Indem der Einzelne als Volksgenosse Teil eines großen Organismus mit eigenen Pflichten und eigenen Leistungsmöglichkeiten ist, wird das Volk selber bedacht darauf sein, diese Kraft in seinen Gliedern zu bewahren und zu vergrößern. In seiner Organisation, dem Staat, die Gesamtheit und Einzelnen zugute kommt, wird es deshalb keine feindliche Schranke gegenüber dem Volke errichten und den Einzelnen unterdrücken wollen. Sondern der völkisch ausgerichtete Staat wird dem gemeinschaftlich denkenden Staatsbürger Hilfsmittel und Werkzeug sein, sich und die Allgemeinheit gegenüber den verbrecherischen Einzelnen zu schützen.

Aus dieser politisch-weltanschaulichen Staatsbetrachtung ergeben sich ohne weiteres Berührungs- und Richtpunkte für das Verhältnis von Staats- und Strafrecht. Wir zeigten bereits oben, daß die Disziplinentrennung im Gegensatz zur Ganzheitsbetrachtung des Nationalsozialismus steht. Die Geschichte des Strafrechts lehrt es selber. Das Strafrecht der germanischen Zeit war wie alles germanische Recht ein solches der Gemeinschaft. Erst als man das Individuum aus dem Staat herauslöste und ihm eine unabhängige Privatsphäre gab (Grundrechte!), wurde das staatliche Handeln als Gegnerschaft zum einzelnen empfunden. Im Recht zum Strafen machte sich dies besonders unliebsam bemerkbar. Deshalb mußte dem Strafrecht eine vom Staat her unabhängige Stellung geschaffen werden. Da es als magna charta des Verbrechers [1]) dem Einzelnen diente, mußte er vor Angriffen des Staates geschützt werden. Dieser Terminologie diente auch das Schlagwort: Machtstaat oder Rechtsstaat? Man wollte mit der Schilderung des Machtstaats am Grundrechtsdenken und der errichteten Individualsphäre der Aufklärung festhalten. Beide Begriffe sind aber falsch, weil sie den Staat nicht als völkischen Zweck, sondern als Gegner des Individuums sehen. Auf diese Weise mußten nicht nur festumrissene Tatbestände zum Schutz des Einzelnen aufgestellt werden, sondern das Strafrecht selber dem Staate gegenüber in eine neutrale Zone kommen. Der Fehler einer derartigen Betrachtung liegt in der falschen Staatsauffassung begründet. Der Staat ist keine in einer freien Herrschaftssphäre schwebende juristische Person, oder um mit dem Juden Kelsen zusprechen, „ein Normenbündel" [2]), sondern die Zweckgemeinschaft des völkischen Zusammenlebens. Damit kann er dem Einzelnen nur dann feindlich gegenüber auftreten, wenn dieser sich an der Volksgemeinschaft vergangen hat. Er ist auch kein sich selbst genügender Machtstaat oder ein über den Wolken thronender Rechtsstaat. Als völkische Zweckorganisation untersteht er selbst, seine Organe und selbstverständlich jeder Staatsbürger dem Lebensgesetz der Volksgemeinschaft. Damit entfällt auch eine Abgrenzung der Befugnisse dem Einzelnen gegenüber sowie die Aufstellung eines Grundrechtskataloges. Das Strafrecht wird demnach Ausdruck geschützter Volksinteressen [3]) und ist abhängig von dem Staatsinhalt, von Verfassung und

1) Henkel a. a. O.
2) Allgemeine Staatslehre, 1930.
3) Henkel, Strafrecht a. a. O.

Staatsvolk. Es wird ein Teil der Ordnung des Staates selbst, der wiederum ein Teil der Volksordnung ist. Das Strafrechtsdenken kann also nur seinen Anfang im Staatsrecht nehmen. Beide durchdringen und ergänzen sich, weil beide ihre Triebkräfte in der sie umspannenden Weltanschauung haben, die am Leben des Volkes orientiert ist. Der beste Beweis für diese unsere Überzeugung ist die Tatsache, daß gerade im nationalsozialistischen Strafrecht die Verbrechen gegen die Gemeinschaft stärker in die Tatbestände des Gesetzes aufgenommen und überhaupt schärfer bestraft werden. Man denke in diesem Zusammenhang an die Gesetzgebung über Hoch- und Landesverrat, den Familienschutz, die Rassengesetze usw. Indem so die völkische Idee alle menschlichen Lebensgebiete durchpulst und auch zum Inhalt der zweckvollen Staatsorganisation wird, stellt sie alle Strafrechtsgestaltung unter diese Staatsgesinnung. Das Strafrecht wird damit zur „Magd des Staatsrechts", ähnlich der früheren Auffassung, daß die Philosophie die Magd der Theologie sei. Wenn Männer wie Kohlrausch, die sich um die Strafrechtsentwicklung gewiß hochverdient gemacht haben, erklären: „Es ist darüber zu wachen, daß die Karte der Weltanschauung nicht zu früh ausgespielt wird" [1]), und ein anderer, sich auf ihn berufend: „Es erscheint deshalb als eine vordringliche Aufgabe, in der Strafrechtswissenschaft über dem weltanschaulich-politischen Fundament gewisser letzter Entscheidungen die bekenntnisfreie Sphäre nicht aus den Augen zu verlieren [2]), so leugnen sie nicht nur den Bruch des Nationalsozialismus mit der liberalistischen Voraussetzungslosigkeit, sondern sie müssen auch mangels der alles umspannenden Weltanschauung zu einer erneuten Trennung zwischen Straf- und Staatsrecht kommen. Denn ohne die gemeinschaftliche Blickrichtung von Staats- und Strafrecht wird man für beide Disziplinen eigene Voraussetzungen und eigene Rechtfertigungen geben müssen. Das stört nicht nur die Einheit des Rechts selber, sondern wird den Richter auf eine objektive Normenschau tatbestandsmäßiger Enge verpflichten.

Mit dem Fortfall der Individualsicherung im Strafrecht und dessen gemeinschaftsmäßiger Ausrichtung aller Einzelinteressen, finden sich auch die Berührungspunkte zwischen Gesetzes- und Gewohnheitsrecht. Man erkannte wieder, daß das Recht nicht starr, unwandelbar und von Natur her gegründet ist, sondern man sah es aus dem Wachsen und Leben des Volkes aufsteigen und die Brücke zwischen den Zeiten bilden. Auch ist das Naturrecht abzulehnen, weil es mit seinen für alle Völker gegebenen Gesetzen jedes rassisch-völkisch empfundene Recht unmöglich macht. Nicht der Einzelne ist Schutzobjekt oder Quelle des Rechts, es ruht auch nicht in der Autorität oder Totalität des Staates, sondern es kommt vom Volke und dient ihm allein. „Das Recht ist das Mittel zur Aufrechterhaltung der inneren und äußeren Ordnung des Volks- und Staatslebens. Aufgabe des Rechts ist nicht die Sicherung der Paragraphenanwendung, sondern die Sicherung des Volkslebens. Nicht das Volk ist um des Rechts willen da, sondern das Recht ist um des Volkes willen da" [3]). Damit ist auch die

1) Berliner Rektoratsrede, S. 18.
2) Gallas, S. 2.
3) Hanns Wick, JW. 34, S. 2289.

magna-charta-Funktion des Strafgesetzbuches überwunden. Die Strafe für die vom Volke als strafwürdig empfundenen Verbrechen dient ja nach nationalsozialistischer Auffassung nicht mehr einer himmlischen Gerechtigkeit [1]), auch nicht allein dem Begriff der weltlichen Gerechtigkeit [2]), sondern sie ist ein Mittel zum Schutze des Volkes gegenüber dem Eigennutzen des Individiuums, um das Volk in seiner Existenz und seinem Weiterleben zu erhalten [3]). Damit ist sie gerechtfertigt. In ihrer zweckvollen Bestimmung soll sie nicht nur „das erschütterte Rechtsbewußtsein der Gemeinschaft wieder herstellen" [4]) und dem Täter sein Unrecht vergolten werden. Sie soll auch den Einzelnen dahingehend erziehen, „die Würde der Volksgemeinschaft und ihr ethisches Ziel jedermann zum Bewußtsein zu bringen [5]). Darüber hinaus muß der Verbrecher durch sie abgeschreckt werden, damit er wieder vor der Gemeinschaft und ihrer zweckvollen Organisationsform, dem Staat, zittert [6]).

Diese neue völkische Schau von Staat und Recht und aller damit zusammenhängender Fragen bedingte ein Abgehen von dem Tatbestandsdenken der vergangenen Epoche. Gerade das Festhalten an dem formalen Dogmatismus hatte ja die Entwicklung des Rechts gehindert und es so dem Volke entfremdet. Die Gewohnheit des Volkes ist aber nicht durch Tatbestände zu hindern, wie sie ebenfalls nicht durch Polizeimaßnahmen zu beseitigen ist. Die Herrschaft der Normen entfiel und an ihre Stelle traten Zweck und Geist des Rechts. Zwar konnte man das nicht dadurch zum Ausdruck bringen, daß man sie zerschlug, sondern die Tatbestände mit der nationalsozialistischen Weltanschauung ausfüllte. Indem man erkannte, daß die gesetzlichen Bestimmungen nicht alle auftretenden Einzelheiten enthalten können, räumte man der richterlichen Rechtsfindung und dem Gewohnheitsrecht wieder ihren Platz ein. An die Stelle der Normen treten wertende Menschen, die sich der von der Führung gegebenen Fixpunkte im Gesetz bedienen, um sie an das Leben anzugleichen. Wollte man früher das lückenlose Gesetz erreichen, was, wie wir oben zeigten, vergeblich sein mußte, so dient nach unserer Ansicht gerade die Durchdringung der Normen mit dem Geist und der Kraft des völkischen Lebens der Überzeugung vom lückenlosen Recht. Nicht mehr beherrscht die Form den Inhalt, sondern die Tatbestände erhalten Leben und Inhalt erst vom Volke und seiner Rechtsauffassung. Wie jede Organisation ihren Sinn und ihr Leben erst durch die Dynamik der sie erfüllenden Idee erhält, so kann auch das Maschensystem des Gesetzes mit seinen vielen Lücken nur als Rahmen benutzt werden. Während das frühere Strafrecht auf Grund seines Formprinzips Wertbegriffe wie „gute Sitten, Moral, Sittlichkeit und Religion" nur ganz selten in seine rechtliche Betrachtung mit einbezog, legt die im Volke ruhende Rechtsüberzeugung sie in das Recht hinein. Gerade in ihnen

---

1) Die kirchliche Auffassung seit Thomas von Aquino, bei Hippel II, S. 467.
2) Kant.
3) Nicolai, S. 43.
4) Siegert, S. 12.
5) Dahm-Schaffstein, S. 15.
6) Frank, S. 58.

zeigt sich der Vergangenheit bereits eine starke gemeinschaftsbildende Kraft. Sie konnten auch in der schlimmsten Zeit des Liberalismus und Individualismus nicht vom Einzelnen her gesehen werden, sondern knüpften an die Wertungen der Gemeinschaft an und forderten Übereinstimmung mit dem Geist der völkischen Lebensordnung. Mochten auch teilweise begriffliche Unterschiede bestehen — — so sind die rechtstechnischen Begriffe ja nur Bindeglieder des Gesetzes — — nur ihre gegenseitige Verbindung macht das Gesetz vernünftig und dem Volke verständlich. Aus diesen Gesichtspunkten ist es uns auch erklärlich, warum die liberalistische Epoche als den Ansichten und Forderungen des Einzelnen unterworfen, diese Gemeinschaftsbegriffe aus dem Recht ausschied.

Mit dem Vorrang des Rechts des Volkes vor dem Recht des Einzelnen nahm auch der Gedanke der Rechtssicherheit eine völlig veränderte Stellung ein. Hatte die liberalistische Epoche die Rechtssicherheit auf das Individuum abgestellt und sie bereits gewährleistet gesehen, wenn die Freiheit der Persönlichkeit geschützt war, so sah der Nationalsozialismus sie im Rechtsgewissen und der Lebensordnung der Volksgemeinschaft. Das Wohl des Volkes wurde oberstes Gesetz und war auch dann zu berücksichtigen, wenn Individualinteressen dabei geschädigt wurden. Indem die Rechtsordnung im Einklang mit dem völkischen Gewissen gestaltet wurde und diese Aufgaben des Volkes gerecht durchzuführen hatte, dient sie nicht mehr der Gerechtigkeit für den Einzelnen, sondern steht in höherem Auftrag. Diese auf der ganzen Linie stattgefundene grundlegende Veränderung im Strafrechtsdenken zeigt bereits, daß die Aufrechterhaltung des alten Analogieverbotes vor der Durchdringung mit nationalsozialistischem Geist nicht standhalten konnte. Mit ihr tritt aber noch eine andere Frage auf, die im Zusammenhang mit der Analogie meistens übersehen wurde. Es ist nämlich zu prüfen, ob der § 2 StGB. nicht noch andere Funktionen erfüllte, als einem formalen individuellen Rechtssicherheitsbegriff zu dienen. Es handelt sich nämlich um das Problem der richterlichen Ermessensfreiheit und der gegenseitigen Bedingtheit von Richter und Gesetzgeber. Die bereits obenaufgeführte Gewaltenteilungslehre wollte mit ihrer sich gegenseitig ausschließenden dreifachen Disziplinentrennung mangels einer starken Staatsführung gesetzgeberische, richterliche oder Regierungsexperimente verhindern. Die gegenseitige Kontrolle schuf so einen Zustand ausgeglichener Kräftewirkungen, der rechtliche Folgen zeigte. Mit dem Übergang zum Grundrechtssystem wurde der Grundsatz der unbeschränkten Richterfreiheit ebenso wie das Analogieverbot verfassungsrechtlich sanktioniert, wie es infolgedessen folgerichtig als Grundformel des Gerichtsverfassungsgesetzes galt. Damit war aber, abgesehen von der späteren politischen und formalen Veränderung, die man Richterfreiheit und Analogieverbot durch die mit den Grundrechten verbundene Individualschau entgegenbrachte, ein ordnungsstaatliches Prinzip durchgeführt. Der § 2 war eine Garantie für den Gesetzgeber. Jede richterliche Eigenmächtigkeit sollte wegen der leicht damit verbundenen Präjudizienrechtsprechung und der Gefahr, neues uneinheitliches Gewohnheitsrecht zu schaffen, verboten sein. Vielmehr drückte § 2

StGB. das Vorrecht des Gesetzgebers vor dem Richter aus. Die Durchführung dieses Grundsatzes war jedoch wegen der Gewaltenteilungslehre unmöglich. Hätte der demokratische Staat nämlich diesen Grundsatz ausnahmslos gewährleisten wollen, hätten folgerichtig alle anderen verfassungsmäßigen Beschränkungen der gesetzgebenden Gewalt und die Nachprüfung der Gesetze und Verordnungen durch den Staatsgerichtshof unterbleiben müssen. Die Beibehaltung des § 2 zeigt daher, daß es sich in der Vergangenheit weniger um das Führungsrecht des Gesetzgebers gehandelt hat, sondern um die Folge der liberalistischen Geisteshaltung. Eine Wertung des richterlichen Prüfungsrechtes und seiner Stellung gegenüber dem Gesetzgeber kann daher erst mit der nationalsozialistischen Auffassung vom Führerstaat Platz greifen. Vom Führergedanken des Nationalsozialismus her wäre also zu untersuchen, ob nicht trotz dieser weltanschaulichen Bedenken aus anderen Zweckmäßigkeitserwägungen die alte Fassung des § 2 StGB. hätte aufrechterhalten werden können. Insbesondere weil einmal die Zahl der durch das Analogieverbot auftretenden Härtefälle durch die Möglichkeit der erweiternden Interpretation erheblich eingeschränkt sei. Zum anderen weil nach Überwindung der Gewaltenteilungslehre durch das Führerprinzip gerade die Gefahr der richterlichen Willkür bei analoger Rechtsanwendung Störungen in dieser Führungsordnung bringen könnte. Durch die Auslegung der Rechtssätze ex nunc sei die Gewähr gegeben, daß die nationalsozialistische Weltanschauung in alle Tatbestände eindringen könne. Im übrigen sei durch die Überwindung des Parlamentarismus die Rechtsprechung und Gesetzgebung in die Lage versetzt, sicher und sehr schnell zu arbeiten. Die wenigen Fälle, welche durch das Analogieverbot trotz Strafwürdigkeit ohne Strafe geblieben seien, lägen bereits kurze Zeit nachher gesetzlich geregelt vor, sodaß eine solche Situation immer nur einmal vorkommen könne. Selbstverständlich sei eine Auslegung des Gesetzes ex tunc für immer zu verwerfen. Damit sei die weltanschauliche Linie des Nationalsozialismus in der Rechtsprechung gewahrt.

Eine Änderung des Satzes nullum crimen sine lege sei daher nicht notwendig gewesen [1]). Diesen Bedenken kann ich nicht in vollem Maße zustimmen. Gewiß ist richtig, daß man nicht alles Recht allein aus dem Volke herholen kann, wartend, bis es sich einem zeigt, damit man es aus der Tiefe der Volksseele schöpfen könne. Das würde ja gerade den Richter außerhalb der völkischen Gemeinschaft stellen. Vielmehr muß man sowohl dem Gesetzgeber, als auch dem Richter gegenüber soviel Zutrauen haben, daß sie als Substanz des gleichen Volkes und mit ihm durch die gemeinsame Weltanschauung verwurzelt, in der Lage sind, die Überzeugung des Volkes führend zum Ausdruck zu bringen. Wollte man das leugnen, so müßte man folgerichtig die gesamte wissenschaftliche Ausbildung negieren, die beiden erst die wichtigsten Voraussetzungen und Hilfsmittel in die Hand gibt. Es soll damit keine Minderbewertung des Volksgeistes verbunden werden. Vielmehr gilt es gerade in Zeiten, wo das Volk erst durch Gesetz und Recht zu einer

1) Zimmerl, Festschrift.

gemeinsamen Idee hingeführt werden soll, den Kündern dieser Idee rückhaltloses Vertrauen in ihre Führung zu gewähren. Das gilt vor allen Dingen gegenüber dem Gesetzgeber, in den dem Richter gesetzten Grenzen auch für ihn. In Bezug auf die Analogie und den neuen § 2 StGB. heißt das: Hat der Gesetzgeber aus Gründen der materiellen Gerechtigkeit und im Interesse der Gemeinschaft seinem Gehilfen, dem Richter, eine gewisse Vertrauenssphäre für die Analogie eingeräumt, entspräche es nicht dem Willen des Gesetzgebers, wollte man die Notwendigkeit dieses Vertrauens bezweifeln und den neuen § 2 StGB. ablehnen. Daß alle Lebensverhältnisse Positives und Negatives in sich bergen und daß auch das Recht für den Einzelnen negative Seiten hat, ist unbestritten. Die Rangordnung kann jedoch nur vom Gesetzgeber allein entschieden werden, der dazu das Primat des Volkes berücksichtigt.

Wenn zum anderen behauptet wird, die erweiterte Interpretation habe mit Ausnahme weniger Fälle im Zusammenhang mit den von der Wissenschaft entwickelten Hilfsmitteln gegen ein Formalrecht allen verbrecherischen Tatwillen erfaßt, so ist das solange kein Argument, bis nicht jede auftretende Möglichkeit bestraft werden kann. Das Strafrecht hat im Rahmen der Gesamtrechtsordnung den Auftrag, alles gegen die Gemeinschaft verstoßende Handeln einer Strafe zuzuführen. Es würde gegen den Zweck dieser Bestimmung und damit gegen das Volk verstoßen, wollte es sich bescheiden und einige Mängel mit in Kauf nehmen, vielleicht selbst über ihr Vorhandensein resignierend.

Auf der gleichen Ebene liegt der Einwand, daß es die staatliche Ordnung nicht umstoße, wenn aus irgendwelchen, heute die Anwendung der Analogie rechtfertigenden, vom Gesetzgeber nicht vorhersehbaren Ursachen ein einziger Fall bei seinem ersten Auftreten straflos bleiben müsse. Gewiß arbeitet heute der nationalsozialistische Gesetzgeber präzise, schnell und gründlich — im Gegensatz zum demokratisch-parlamentarischen Staat — aber darum handelt es sich ja garnicht. Einmal kann eine im Gesetz noch nicht für strafbar erklärte Tat gleichzeitig an den verschiedensten Stellen auftreten, wobei man nur an den Elektrizitäts- oder Münzfernsprecher-Fall zu denken braucht. Zum anderen widerspricht es der materiellen Gerechtigkeit, ein bisher noch nicht bekanntes Unrecht wegen gesetzlicher Nichtregelung straffrei zu lassen. Denn die Sicherheit des Volksganzen ist höchstes Gebot des Strafrechts [1]).

Insoweit ist die Auffassung irrig, daß von den weltanschaulichen Argumenten abgesehen, kein Grund zur Einführung des neuen § 2 StGB. vorhanden gewesen sei [2]).

Diese Auffassung war in gewissem Sinne verständlich gegenüber den radikalen Forderungen einiger, die in der explosionsartigen Revolutionierung des gesamten Rechts ihre Aufgabe erblickten. Immerhin muß zugegeben werden, daß der Nationalsozialismus in seiner totalen Schau eine

---

1) Freisler, Schutz usw., S. 13.
2) Zimmerl, Festschrift.

Verschiedenartigkeit der Meinungen über ein und dasselbe Gebiet aufkommen lassen kann. Teilweise verbargen sich hinter diesen revolutionären Forderungen auch rein individualistische Interessen, oder eine längst überlebte Ansicht vom richterlichen Königtum, von dem wieder einmal offen geredet wurde. Wenn im Zusammenhang damit die völlige Beseitigung des Analogieverbotes gefordert wurde, so sind dem mancherlei Bedenken entgegenzuhalten. Solche generellen Ermächtigungen für den Richter treten fast immer nur in Revolutionszeiten auf oder finden sich in Staaten mit Terrorregime. In der Münchener Rätezeit wurde z. B. jeder Verstoß gegen revolutionäre Gerundsätze bestraft, ohne daß dem Richter irgendeine Auslegungsanleitung gegeben war. Und in Rußland heißt die Generalklausel des Art. IV des Strafgesetzbuches: „Wer gegen die Belange der arbeitenden Klasse verstößt, wird bestraft." Damit ist der richterlichen Willkür nicht nur unbeschränkt Raum gegeben, sondern Rechtssicherheit und staatliche Ordnung können kaum aufrechterhalten werden. Auch wenn man, wie es für das deutsche Recht vorgeschlagen war, für sämtliche nicht tatbestandsmäßig festgelegten strafbaren Handlungen den Gedanken des Volkswohls zugrunde legt, werden die Schwierigkeiten zwischen dem Gesetzgeber und der Justiz nicht beseitigt. Vielmehr greift gerade in diesem Punkte der Gedanke des Führerprinzips Platz und läßt eine solche Lösung nicht zu.

Der Gesetzgeber hat dem Richter gegenüber die Stellung eines Oberführers [1]). Das Recht wird geschaffen durch den Willen des Führers und seiner Minister. Es wirkt als bindender staatlicher Befehl und kann nur von der politischen Führung ausgehen [2]). Nur sie hat den Überblick darüber, welche Entwicklung zum Wohle des Volkes einzuschlagen ist. Sie wird auch deshalb allein bestimmen, welche älteren Gesetze — wenn auch mit der nationalsozialistischen Rechtsüberzeugung nicht mehr übereinstimmend — aus Zweckmäßigkeitsgründen vorläufig noch beizubehalten sind. Für diesen Spezialfall brauchen deshalb keine Bedenken ideeller Natur aufzutauchen, weil ja die großen politisch-weltanschaulichen Richtlinien eindeutig festliegen. Es ist deshalb unrichtig, wenn Kern behauptet: „Die richterliche Unabhängigkeit sei nicht nur Befehls-, sondern auch Handlungsfreiheit. Sie verbiete der Regierung, den Richter in seiner Freiheit zu hemmen" [3]). Diese Rückkehr zum Individualismus würde jegliche Staatsführung zunichte machen und folgerichtig zur Anarchie führen. Es ständen sich zwei gleichberechtigte Instanzen gegenüber, der Willkür wären Tor und Tür geöffnet. Rein abgesehen von der Überwindung der Gewaltenteilungslehre leuchtet ohne weiteres ein, daß aber eine einzige entscheidende und verantwortliche Spitze — in welcher Weise, steht hier nicht zur Debatte — nur die Gewähr für Existenz und Recht des Volkes übernehmen kann. Aus dem Wesen der politischen Führung ergibt sich, daß diese nicht nur nach rechtlichen Gesichtspunkten arbeitet. Vielmehr hängen politische Entscheidungen sehr oft an Zufällen und irrationalen

1) Zimmerl, S. 2.
2) Herrschel, DJZ., 1933, Heft 10.
3) DJZ., 33, Heft 10.

Werten. Mehr als sonst irgendwo spielt die Frage der Zweckmäßigkeit eine Rolle, wie überhaupt die für jeden Staat lebenswichtige Außenpolitik nur von einer Zentralstelle aus zu überblicken ist. Würden aber Tausende von kleinen Gesetzgebern geduldet, — bei völliger Beseitigung des Analogieverbotes — voneinander getrennt und eventuell jeder ehrgeizig, Präjudizien zu schaffen, so würde durch „Übereifer verdorben, was der Gesetzgeber in kluger Mäßigung erreichen wollte“ [1]). Zu diesen Schwierigkeiten kommt die Unmöglichkeit, das gesunde Volksempfinden begrifflich darzustellen. Es setzt sich ja nicht aus der mehr oder weniger begriffstüchtigen Definition einiger Juristen zusammen, sondern ist mit den Verschiedenheiten der Menschen unabänderlich verknüpft. (Siehe Teil 3.) Darüber hinaus zeigten wir bereits oben, daß eine solche Methode wegen des Wechsels der völkischen Anschauungen wieder zur Begriffsstatik zurückführen müßte. Eine völlige Beseitigung des Analogieverbotes und eine Bestrafung allein nach dem gesunden Volksempfinden kann daher nicht im Interesse des nationalsozialistischen Staates sein. In Würdigung dieser Tatsache folgern auch die vom Reichsjuristenführer mit einer Reihe maßgeblicher Juristen aufgestellten Richtlinien über die richterliche Unabhängigkeit in Nummer I und III: „Der Richter ist nicht Hoheitsträger des Staates. Es ist nicht seine Aufgabe, einer über der Volksgemeinschaft stehenden Rechtsordnung zur Anwendung zu verhelfen, oder allgemeine Wertvorstellungen durchzusetzen .... Gegenüber Führerentscheidungen, die in der Form eines Geses oder einer Verordnung gekleidet sind, steht dem Richter kein Prüfungsrecht zu. Auch an sonstige Verordnungen des Führers ist der Richter gebunden, sofern in ihnen der Wille, Recht zu setzen, unzweideutig zum Ausdruck kommt [2]).“

Bleibt also die Frage nach dem Umfang der richterlichen Freiheit, damit an ihr die Grenze für die Anwendung analoger Rechtsfindung erkenntlich wird. Dabei ist von vornherein ein Unterschied zu machen zwischen der Verfassungswirklichkeit und früher. Die weltanschaulichen Gegensätze zwischen liberalistischem und nationalsozialistischem Rechtsdenken sind nämlich zu groß, als daß der Richter die noch aus der Vergangenheit übernommenen und aus Zweckmäßigkeitsgründen noch nicht geänderten Gesetze und die aus dem Geist der nationalsozialistischen Idee heraus gestalteten, gleichsam nach einer Façon anwenden könnte. Vielmehr wird das richterliche Ermessen in beiden Fällen verschieden groß sein. Darf der Richter seine Stellung auch nicht dazu benutzen, das Tempo der Gesetzgebung vorzuschlagen, indem er alte übernommene und noch nicht formell außer Kraft gesetzte Tatbestände aufhebt [3]) und durch Analogieschluß oder ausdrückliche Erklärung über sie hinweggeht, so ist er ihnen gegenüber doch erheblich freier gestellt. Sie gehen nicht auf eine gemeinsame Weltanschauung zurück, sind vielleicht ein Kompromiß parlamentarischen Kuhhandels. Es würde daher jeder Rechtsauffassung ins Gesicht schlagen, wollte man, nach dem oft verfolgten

1) Zimmerl a. a. O.
2) DJZ., 3. Heft, 36.
3) Freisler a. a. O.

Grundsatz, eine historische Auslegung der betreffenden Bestimmungen geben, um die Meinung des damaligen Gesetzgebers zu erforschen. Hier hat der Richter in die alte Form den neuen Geist hineinzutragen, indem er die Führerrichtlinien und die allgemeine Volksanschauung miteinander verbindet. Bei den neuen Führerrichtlinien ist eine so weitgehende Anpassung an die Überzeugung des Volkes deshalb nicht nötig, weil der Führer das Recht aus dem Volke selber schöpft und weil auf Grund der Einheit zwischen der Weltanschauung des Führers und des Volkes Sinn und Zweck des Gesetzes jederzeit leicht zu ermitteln sind. Hier berät zudem kein neutrales Gremium über die Bedeutung, sondern es wächst aus der allgemeinen Linienführung des Nationalsozialismus durch den Mund des Führers ein neuer Markstein der Volküberzeugung. Gerade in Zeiten, in denen das Wachsen einer neuen Rechtsüberzeugung deutlich spürbar ist, muß die Führerentscheidung peinlich genau eingehalten werden. Nicht alle Richter sind bereits in den Ideengang des völkisch gebundenen Rechts eingedrungen oder werden auch jemals auf Grund ihrer langjährigen anderweitigen Übung in das innerste Wesen des Nationalsozialismus vorstoßen. Es wäre deshalb auch von diesem Gesichtspunkt aus falsch, ihnen die Führerentscheidung zu übertragen, indem sie die Grundsätze des Gesetzgebers analog anwenden sollten.

Nach dieser Klarstellung des Primats der politischen Führung des Gesetzgebers bleibt zu untersuchen, wie weit nach nationalsozialistischer Überzeugung das richterliche Ermessen gehen kann. Es entfällt somit von vornherein alles mit der Vergangenheit verbundene liberalistische Grundrechtsdenken, insbesondere die formelle verfassungsmäßige Garantie zum Schutze des Bürgers vor Beeinträchtigungen der anderen Gewalten (Gesetzgebung und Verwaltung); denn die Freiheit des Richters war früher keine Bürgschaft für die Selbständigkeit des Richters und Richtens, sondern ein politisches Prinzip zur Aufrechterhaltung der Rechtssicherheit und der Freiheitsgarantie des Individuums [1]). Diesen Grundsatz hat das Reichsgericht noch im Jahre 1932 vertreten. Es sagt von der Bedeutung der richterlichen Unabhängigkeit, sie sei dazu da, „den Staatsbürger in seinen gesetzlich anerkannten Rechten gegen mögliche Willkür einer ihm abgeneigten Regierung zu schützen" [2]). Das besagte im demokratisch-parlamentarischen System, mit der Devise: „Alle Gewalt geht vom Volke aus", daß das dem Volke unterstehende Parlament dem Richter befiehlt, der nur zu gehorchen hat. Die Folgen sind am Ende des ersten Teiles dieser Darstellung aufgezeigt. Nach nationalsozialistischer Auffassung ist die richterliche Unabhängigkeit nur durch die Bindung an das Gesetz möglich. Sie beruht auf der Bindung an das Gesetz des Staates, dessen Recht der Richter zu sprechen hat [3]). Ohne diese Bindung ist die richterliche Unabhängigkeit politische Willkür" [4]). Ihre vornehmste Aufgabe liegt darin, sich gegenüber dem Einfluß einzelner oder

1) Lühr, DRZ., 34, S. 33 ff.
2) RG. 66, 386 ff.
3) Carl Schmidt, Fünf Leitsätze, DJZ., 36, Heft 3.
4) Henkel, Unabhängigkeit usw., S. 11.

Gruppen durchzusetzen, die versuchen, durch Eingriffe finanzieller oder autoritärer Art einen Druck auf die Rechtsprechung auszuüben. Es sei in diesem Zusammenhang an die parteipolitischen Manöver der Weimarer Zeit erinnert, und die durch geschickte Pressearbeit hervorgerufene Einschüchterung der Richter. Ebenfalls an die Eingriffe in schwebende Verfahren oder an den Terror im Gnadenwesen [1]).

Man sagt, die erste Voraussetzung für einen Richter sei, daß er ins Volk hinabsteige, um von dorther das Recht zu holen. Es muß aber an dieser Stelle einmal gegen einen solchen Begriff Front gemacht werden. Handelt es sich doch um ein Überrest eines liberalistischer Gedankenwelt entsprungenen richterlichen Königtums, das beseitigt werden muß. Der Richter soll nicht gewissermaßen auf „hohem Olymp" sitzen, auch wenn er der Hüter der Gerechtigkeit ist. Er kann nicht, über der Materie thronend und gelegentlich sich in sie hineinbegebend, richtiges Volksrecht schaffen oder schöpfen. Vielmehr muß er fest im Volke verankert und mit dessen Lebensgewohnheiten vertraut sein, damit er auf jede Äußerung richtig „anspringen" kann. Nur als Glied des Gesamtorganismus wird er die Richtlinien der Führung und die Seele des Volkes begreifen und in Einklang miteinander bringen können.

Die Lehren der Freirechtsschule und die auch in allerneuester Zeit wieder aufgetretenen Bestrebungen eines freien Richterkönigtums sind mit dem Primat des Führers zu verwerfen [2]). Als Diener des Volkes unterliegt der Richter nicht mehr einem formalen Legalitätsprinzip. Er ist Ausführungsorgan des Gesetzgebers. Er allein betraut ihn ausdrücklich mit einer Reihe von Aufgaben, sei es durch direkten Befehl oder durch größeres Vertrauen an Hand einer gewissen Blankovollmacht für eine Reihe von Fällen. Aber auch dann bleibt das Gesetz bindender Befehl des Führers an den Richter, der es immer nur ergänzend und sinnvoll nach dem tragenden Rechtsdenken anzuwenden hat. Das Maß der gesetzlichen Bindung hängt damit einmal von der konkreten gesetzlichen Anordnung ab, zum anderen von der politischen Bedeutung und Tragweite der einzelnen Richterentscheidung, mit all den dadurch hervorgerufenen Folgen. Im Fall des Automatendiebstahls ist beispielsweise das Ermessen weiter zu fassen als in den Fragen der Rassegesetze [3]). Andererseits ist der Buchstabenkult Sabotage am Führerbefehl [4]). Zwar kommt es auch darauf an, ob in einer bestimmten Angelegenheit nach Ansicht des Gesetzgebers Formalismus und Buchstabentreue nötig sind oder nicht. Strenges Haften am Wort verlangt der Gesetzgeber aus Gründen der Klarheit z. B. bei der Beamtenernennung

---

1) Henkel, Unabhängigkeit usw., S. 11.

2) Wollte die Freirechtsschule anstelle des Gesetzes die ungebundene Richterpersönlichkeit setzen, so lagen ihr in manchem nicht nur individualistische, sondern auch soziale Gesichtspunkte zugrunde. Das ist Henkel entgegenzuhalten, der m. E. etwas voreingenommen ist. Henkel, Die Unabhängigkeit, S. 26.

3) Vacano, DR., 34, S. 278.

4) Freisler, DJ., S. 694 ff.

(„unter Berufung in das Beamtenverhältnis"), oder im Wechselrecht, bei prozessualen Fristen usw. Für die Arbeitsweise des Richters ergibt sich, daß die rein juristische logisch-begriffliche Methode zu verwerfen ist [1]). Sie würde wieder zum Formalismus zurückführen. Der Richter steht in der Volksordnung und hat die programmatischen Äußerungen des Führers und seiner maßgeblichen Mitarbeiter als Präjudizien zu benutzen, solange solche vom Reichsgericht noch nicht vorhanden sind. Er darf kein Recht schaffen und über das Gesetz hinweggreifen [2]), — soweit ihm dies nicht ausdrücklich zuerkannt ist — sondern er muß das Recht schöpfen [3]). Als Wahrer der völkischen Gemeinschaftsordnung muß er ausmerzen, ahnden und schlichten [4]).

Auslegungsgrundsatz sind das Parteiprogramm und die Äußerungen des Führers.

An Hand des Gesetzes hat er immer zu prüfen, ob er sich in Übereinstimmung mit dem Führerwillen befindet. Dazu sind natürlich jedesmal die Grundgedanken und der Sinn des Gesetzes neu zu erarbeiten und der Wortlaut durch Herausstellen der tragenden Ideen der nationalsozialistischen Weltanschauung fortzubilden. Während der Führerbefehl meist nur die Linie aufzeigt, hat der Richter die Einzelheiten zu bearbeiten. „Treten dabei Fragen auf, die noch keine normative Lösung im Gesetz gefunden haben, so kann der Richter unter Berücksichtigung des Zwecks der gesetzlichen Bestimmungen, die für das zu beurteilende Gebiet bereits gegeben sind, entscheiden, wie er als ordentlicher und gewissenhafter Gesetzgeber den Fall regeln würde [5])." Hieraus ist ersichtlich, welch kleinen Anwendungskreis der Gesetzgeber für die Analogie übriggelassen hat. Andererseits ist durch den neuen § 2 StGB. das richterliche Ermessen gestärkt worden. Er ist nicht Subsumtionsmaschine, sondern kann in beschränktem Rahmen freie Entscheidungen treffen und eigene Wertungen anlegen, wie auch sein Ermessen nicht in Verfahrensvorschriften zu ersticken ist. Auch ist er nicht beschränkt auf das erkennende Gericht in der Hauptverhandlung, sondern auf die Entscheidungen im Vorverfahren, bei der Durchsuchung, Beschlagnahme, in Haftsachen und Polizeimaßnahmen.

Wir haben bewußt durch ein längeres Verweilen bei den richterlichen Aufgaben zeigen wollen, wieweit sich schon aus der grundsätzlichen Überzeugung des Nationalsozialismus für die Anwendung des neuen Paragraphen zwei Schranken ergeben und daß daher § 2 StGB. zwischen Dogmatismus und Schrankenlosigkeit die Mitte hält.

Diesem Zwecke dienten auch die Pläne, bei Anwendung der Analogie anderweitige Sicherungen anzulegen, weil die freie Rechtssprechung zu augenscheinlichen Mißständen führte. Man wollte bei Anwendung der Analogie im Strafrecht, die auf das gesunde Volksempfinden gegründet ist,

---

1) Bung, DRZ., 35, S. 269 ff.
2) Freisler, DJ., S. 694 ff.
3) Wunderlich, DJZ., 34, Heft 1.
4) Fünf Leitsätze, DJZ., 36, Heft 3, S. 180.
5) Schweizer BGB., ebenso Roland Treiber, Schutz des Volkes usw.

stets eine besondere Art der Beaufsichtigung Platz greifen lassen. Im einzelnen gehen die Vorschläge auseinander. Einmal soll ein besonders einzurichtendes Obergericht für die Nachprüfung zuständig sein [1]), mit dem gleichzeitig auch ein besonderer Revisionsgrund für die Analogie zu schaffen wäre. Andere verlangen lediglich bei jedem Urteil die Revision vor dem Reichsgericht [2]).

Es handelt sich aber bei analoger Rechtsprechung nicht um eine Ausnahme, sondern in hohem Maße um die Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze. Darum ist nicht einzusehen, warum für die Nachprüfung besondere Richtlinien gelten sollen. Macht man von Anfang der Einführung der Analogie an wieder den Fehler, sie als zweitrangige Rechtsquelle anzusehen, so wird ihr Zweck und ihre Bestimmung, Bindeglied zwischen Gesetz und Volksüberzeugung zu sein, verwischt. Das würde dem Richter gegenüber auch eine psychologische Wirkung haben. Er müßte diesen Vorschlag als ein Mißtrauen des Gesetzgebers ihm gegenüber ansehen. Das könnte dann dazu führen, daß der Richter, um diese Nachprüfung zu vermeiden, lieber formale Entscheidungen träfe. Jedenfalls würde er unter dem Druck dieser automatischen Oberinstanz nur in seltenen Fällen zur Analogie des § 2 StGB. greifen und damit das Gegenteil von dem erreicht sein, was der Nationalsozialismus mit der Einführung der Analogie bezwecken will.

Die Denkschrift des Preußischen Justizministers ist der heutigen Fassung des § 2 StGB. ziemlich am nächsten gekommen [3]). Sie fordert zur Bestrafung einer nicht im Tatbestand des Strafgesetzes geregelten Tat zusätzlich die sittliche Verwerflichkeit. Das wirft aber einmal wieder die heute überwundene Kluft zwischen Rechts- und Sittenordnung auf. Zum anderen gibt es jedoch auch Taten, die zwar rechtlich mißbilligt werden, aber nach gesundem Volksempfinden nicht so sittlich verwerflich sind, daß sie eine Sühne erheischen. Man denke zum Beispiel an Verstöße gegen Polizeivorschriften. Doch ist in gewissem Sinne der Gedanke zu begrüßen, verhindert er nämlich eine Lapalienanalogie. Ihm ist meines Erachtens dadurch Rechnung getragen worden, daß eine analoge Bestrafung der Übertretungen nicht stattfindet.

Ganz andere Wege geht Freisler, wenn er für die Durchführung der Analogie einen oder einige Zentraltatbestände schaffen will [4]). Er berührt sich darin in gewissem Sinne mit Zimmerl [5]), der auch überzeugt ist, mit einem vom positiven Gesetz losgelösten und an den Grundlagen des Strafrechts orientierten Inhaltssystems des Rechts ein umfassendes Strafgesetz schaffen zu können. Freisler vor allem sieht aber die Zentralbestände für die Analogie vor. Bei diesen würde der Richter nicht mehr grundsätzlich vom Gesetz auszugehen haben und durch dessen entsprechende Anwendung zu

---

1) Schäfer, Amtl. Strafrechtskomm., S. 134.
2) Flitner, Preuß. Justiz, 33, S. 608.
3) Kerrl, Nationalsozialistisches Strafrecht, S. 127.
4) Schutz des Volkes usw.
5) Aufbau des Strafrechtssystems 1930 und Beitrag zu Gleispach, S. 6.

neuem Recht kommen, sondern die Zentralbestände wären direkte Unterlage für ihn. Indem sie eine generelle Norm — wenn auch ihrer Natur gemäß weite — für alles analog Mögliche bilden, sollen sie dem Richter zur Anwendung der Analogie behilflich sein, wie sie andererseits durch ihre gesetzliche Fixierung unbeschränktes Ermessen unmöglich machen. Auch dieser Vorschlag liegt unseres Erachtens auf der vernünftigen Mittellinie. Der Gesetzgeber würde mit einer weit gesteckten Formulierung des gesunden Volksempfindens s. 3. Teil II) dem Richter die Arbeit erleichtern und ihn somit zur Anwendung analoger Gesichtspunkte ermuntern, was z. B. bei dem Vorschlag von Schäfer (a. a. O.) nicht der Fall war. Andererseits widerspricht eine solche Methode dem Wesen der Analogie. Wir glauben nicht, daß diese Generaltatbestände alle auftretenden Fälle in sich aufnehmen können. Das liegt in der menschlichen Unzulänglichkeit begründet, wie auch die stets fortschreitende Entwicklung veränderte Lebensauffassungen bedingt. Hier fehlt das bewegliche Moment des gesunden Volksempfindens, wie es im neuen § 2 StGB. vorhanden ist. Auch wäre es falsch, das Strafgesetzbuch soweit aufzulockern, daß eine Reihe klarer und prägnanter Hilfsmittel und Formulierungen entfielen.

Eine vollkommene Bindung des Richters an den Buchstaben des Gesetzes und ebenso eine gänzliche Freistellung und Unabhängigkeit vom Gesetz ist nach nationalsozialistischer Überzeugung somit zu verwerfen. Die Zulassung sinngemäßer und dem gesetzlichen Zweck gemäßer Auslegung würde nicht alle Fälle erfassen. Ebenso wäre eine Beschränkung des Gesetzes auf allgemeine Richtlinien falsch, weil auch hier nicht die Gewähr vorhanden ist, daß mit diesen Richtlinien keine falsche Anwendung des Führerbefehls Platz greift. Insbesondere in der heutigen Übergangszeit, die weder einen einheitlichen Menschentyp generell geschaffen, noch in der Juristengeneration das nationalsozialistische Rechtsdenken schon soweit verankert hat, daß sie in der Lage wäre, die Richtlinien des Führers und unserer Weltanschauung vom großen Rahmen her auszulegen.

Für die Reform blieb also nur die Mittelmöglichkeit, in den Tatbestand des Gesetzes neue Elemente aufzunehmen, und die Zulassung entsprechender Anwendung auf einen im Gesetz nicht geregelten aber ähnlichen Fall zu gestatten. Man hat diese beiden letzten Vorschläge miteinander verbunden, um über den ersten hinaus alle möglichen Fälle zu erfassen und die Uferlosigkeit des zweiten einzudämmen. Indem man völkische Sittenordnung mit der in den Tatbeständen niedergelegten juristischen Erfahrung, dem staatlichen Ordnungsgedanken und der Einhaltung des Führerbefehls verband, überwand man das Formalrecht und setzte an dessen Stelle den materiellen Rechts- und Gerechtigkeitsbegriff.

Die Strafrechtsnovelle vom 28. Juni 1935 hat den alten Paragraphen des Strafgesetzbuches in seiner die Analogie verbietenden Fassung aufgehoben und ihm einen neuen Sinngehalt gegeben. Er lautet jetzt: Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach dem gesunden Volksempfinden Bestrafung verdient. Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft.

Man hat den neuen Paragraphen 2 eine Revolution im Strafrecht genannt, indem man behauptete, er habe damit endgültig die Analogie eingeführt. Diese Bezeichnung scheint mir in allem nicht ganz zutreffend zu sein. Es wird ja durch den neuen § 2 StGB. nicht die schrankenlose Analogie propagiert, sondern eine maßvolle Ausweitung des Gesetzes, um es in allem dem Rechtsempfinden des gesunden Volksteiles anzupassen und damit auch dem Gesetz wieder erhöhte Bedeutung zu geben. Der Gesetzgeber hat also nicht die revolutionäre Schrankenlosigkeit in der Anwendung analoger Rechtsfindung gewünscht, die dem Richter völlige Unabhängigkeit verschaffen mußte. Die Tatbestände sind auch nicht nur Beispiele, wie es in Rußland der Fall ist und weiter oben als für Revolutions- und chaotische Staaten bezeichnend dargestellt ist. Der Richter darf die Strafwürdigkeit nicht irgendwoher holen, sondern muß sie aus ganz bestimmten strafrechtlichen Gesetzen oder deren Grundgedanken ableiten [1]). Das geht insbesondere auch aus Satz 2 von § 2 hervor, der den Richter zwingt, das Gesetz oder den Grundgedanken des Gesetzes anzugeben, die er zur Bestrafung des Täters herangezogen hat. Somit stellt § 2 StGB. keine Blankovollmacht für den Richter dar, damit er alles ihm strafwürdig Erscheinenden aburteilen kann [2]). Das ergibt sich aus der eingeschlagenen organischen Entwicklung des nationalsozialistischen Staates. Er setzt nicht einfach alle alten Gesetze außer Kraft, sondern wandelt die bestehenden Normen langsam und schrittweise um [3]). Weder die Verfassung von Weimar, noch das Strafgesetzbuch als Grundlagen des Staates sind daher mit einem Schlage beseitigt worden. Indem der Gesetzgeber Schritt für Schritt den neuen Geist zum Siege führt, verhindert er mutwillige und dillettantistische Oberflächlichkeiten, die keinen Bestand haben und setzt an deren Stelle aus eigener Kenntnis und Erfahrung herausgewachsene Marksteine. Daher hat der neue § 2 StGB. auch den Forderungen nicht Raum gegeben, die durch eine gänzliche Zerschlagung der gesetzlichen Tatbestände das Recht ebenso beweglich wie das Leben des Volkes gestalten wollten. Anstelle des Tatbestandes sind nicht nur unfaßbare Wertbegriffe getreten. Denn der Tatbestand ist nichts Abstraktes, wie

---

1) Ähnlich Gleispach in Deutsches Recht, 1936, Heft 1/2, S. 25, und Schäfer, DJ., 1935, S. 992.

2) Klee, DJZ., 34, S. 642.

3) Wunderlich, DJZ., 34, 1. Heft.

zur Zeit des formalen Positivmus, sondern ein zweckvolles Hilfsmittel für den Richter. „Er stellt in seiner Kürze und Prägnanz kein Hindernis für das gesättigte Leben des Volkes dar. Vielmehr vereinigt er in sich die Erfahrungen von Jahrhunderten [1]). Wenn auch diese gesetzlichen Bindungen im neuen § 2 StGB. vorhanden sind, und damit kein absoluter Bruch mit dem Vergangenen eingetreten ist, so wird dennoch durch ihn „der aus der Aufklärungszeit und der französischen Revolution stammende Kultus des buchstäblichen Gesetzeswortlauts gebrochen [2]). Zeigte es sich doch noch 1933 in dem oben angeführten Urteil des Reichsgerichts über die Benutzung von Münzfernsprechern [3]), daß es gänzlich in formalen Gesichtspunkten verstrickt war. Gerade die vielen Versuche, durch Schaffung von neuen, den Wortlaut des Gesetzes überwindenden Begriffen [4]) und die großen Schwierigkeiten zwischen Analogie und extensiver Auslegung zeigen ja deutlich, daß bis zur Überwindung des Analogieverbots durch den neuen § 2 StGB. der Positivismus bestehen blieb, weil man diese neuen Versuche nur bis zu einer gewissen Grenze vorantragen konnte, niemals aber soweit ging, um den Paragraphen 2 zu beseitigen. Nur Exner und zuweilen auch Binding haben wirksam das Analogieverbot angegriffen [5]). Insoweit ist die Meinung von Zimmerl, die Lehre habe den Wortlaut des Gesetzes überwunden und sei bereits vor 1933 zu einem großen Teil frei vom Positivismus gewesen [6]), nicht zutreffend [7]). Insbesondere auch in Bezug auf das Analogieverbot deshalb nicht, weil die ganze Analogiefrage nur eine untergeordnete Stellung in Bezug auf die Praxis einnimmt. Sie ergreift ja nur immer Grenzfälle und war ihrem Wesen nach, wie bereits ausführlich gezeigt wurde, politisch-weltanschulich bedingt.

Mit der Beseitigung des Grundsatzes nulla poena sine lege und seine Ersetzung durch den Satz nullum crimen sine poena [8]) ist die Grenze zwischen Analogie und extensiver Interpretation bedeutungslos geworden. Die begriffsmäßigen Unterschiede bleiben natürlich bestehen. Der Richter ist aber nicht mehr auf eine peinliche Trennung zwischen beiden angewiesen. Indem das nationalsozialistische Strafrecht zum stärkeren Schutz der Volksgemeinschaft jeden strafwürdigen Tatwillen richten will, wird die Grenze zwischen Auslegung und Analogie zugunsten der letzteren verschoben. Wo bisher für den Richter Schwierigkeiten zwischen Analogie und Interpretation bestanden hatten, da konsumiert sie der weitere Arm des heutigen § 2 StGB.

---

1) Mezger, DJZ., 1936, S. 606. Anderer Ansicht Zimmerl, Zur Analogie des Strafrechts in der Denkschrift für Graf Gleispach, S. 6.
2) Mezger a. a. O., S. 602.
3) RGSt. 68, S. 65 ff.
4) Siehe die Ausführungen über den untauglichen Versuch, die actio libera in causa, die Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit, übergesetzliche Strafausschließungsgründe, normative Schuldlehre, materieller Täterbegriff, das Rechtsinhaltssystem von Zimmerl in „Aufbau der Strafrechtswissenschaft".
5) Gesetzesrecht und Richteramt, 22. Binding, Strafrecht, S. 221 ff.
6) Zimmerl a. a. O., S. 6.
7) Ausgezeichnete Übersicht bei Freisler: „Schutz des Volkes usw.", S. 1 ff.
8) Carl Schmitt a. a. O.

Wer will beispielsweise an Folgendem entscheiden, wo die genauen Grenzen liegen, eine Frage, die für die Vergangenheit von ausschlaggebender Bedeutung war? Hing doch allein von ihr die Strafbarkeit ab. Gewiß konnte man Hilfsmittel heranziehen, die von Lehre und Rechtsprechung in kühnen Konstruktionen geschaffen wurden (s. o.).

Ein Verlobter wurde wegen Duldung der Unzucht seiner Braut verurteilt. Das Gericht begründete dies, daß zwar der Tatbestand der Unzucht eigentlich nur für ihn als Ehemann in Frage käme, daß aber auf Grund des zwischen Verlobten vorliegenden Treueverhältnisses eine Rechtspflicht bestände, einer solchen Verwilderung entgegenzuwirken; denn es sei nach sittlicher Auffassung des Volkes verwerflich, ein Unterschied zwischen der Rechts- und Sittenordnung sei durch den Nationalsozialismus beseitigt worden[1]). Da das Verlobungsverhältnis sowohl im bürgerlichen als auch im Strafrecht gewisse eheähnliche Rechte und Pflichten bringt (1927—1929 BGB. oder bei Antragsdelikten im StGB. usw.) hätte im Wege der Auslegung unter Zuhilfenahme einer Reihe von Konstruktionen ein ähnliches Urteil auch im alten Recht gefällt werden können. Jedoch ergibt sich mit Hilfe des neuen § 2 StGB. unter Zuhilfenahme des Grundgedankens eines Strafgesetzes ohne weiteres eine Bestrafung. Dem Richter sind, wie es aus diesem Falle deutlich hervorgeht, sehr viele Schwierigkeiten abgenommen worden. Die Grenze zwischen Analogie und Auslegung spielt damit keine Rolle mehr. Sie gilt lediglich noch für einige Verfahrungsvorschriften (§§ 170a und 267a StPO.).

Das Strafgesetz ist also ohne weiteres anwendbar, wenn sich aus Zweck und Sinn des Gesetzes in Verbindung mit der nationalsozialistischen Weltanschauung seine Tatbestandsmäßigkeit (darin ist der Grundgedanke des Strafgesetzes bereits enthalten) und die Überzeugung des gesunden Volksteils ergibt. Man hat aber heute eine andere Streitfrage aufgeworfen, die für den alten § 2 keine Bedeutung hatte, nämlich den aus alter Zeit übernommenen Unterschied zwischen Gesetzes- und Rechtsanalogie[2]). Die Belanglosigkeit für das alte Recht ergab sich daher, weil das Analogieverbot des Gesetzes auch nicht durch diese Unterscheidung zu umgehen war. Die Gesetzesanalogie als mit der extensiven Interpretation näher verwandt, sollte zwar hier und da als Lückenbüßer benutzt werden, über die Grenzfälle zwischen Analogie und extensiver Auslegung konnte auch sie wegen des bestehenden Analogieverbots nicht hinaus. Demgegenüber sagt man[3]), sei heute ein genauer Unterschied zwischen beiden zu machen. Während Freisler[4]) die Rechtsanalogie verwirft, weil sie eine Erweiterung der richterlichen Stellung bedeute, will Schwarz sie durch die Novellen bereits eingeführt sehen[5]). Es ist demgegenüber festzustellen, daß beide Meinungen nicht ganz zutreffen.

---

1) Höchstrichterliche Rechtsprechung, 1935, Nr. 216.
2) Grolmann-Wächter siehe weiter oben.
3) Schinnerer a. a. O. Siegert, Freisler u. a.
4) Deutsches Strafrecht, 35, S. 1.
5) Ger. Saal, 106.

Gewiß ist durch die Verkoppelung des gesunden Volksempfindens die Ermessenfreiheit des Richters nicht mit subjektivem Gutdünken zu vergleichen und insoweit eine uneingeschränkte Gesetzesanalogie nicht erlaubt, was sich eben aus dem Führungsprimat des Gesetzgebers ergibt. Aber indem der Grundgedanke eines Gesetzes oder wie sich aus dem zweiten Satz des § 2 StGB. deutlich ergibt, auch mehrerer Gesetze herangezogen werden, soll nicht an dem formalen Wortlaut festgehalten, sondern das tragende Ideengut der Gesamtrechtsordnung herangezogen werden. Daraus folgt, daß eine formale Trennung nicht zu richtigen Ergebnissen führt. So wichtig die Unterscheidung im Hinblick auf den Gesetzgeber ist, verfehlt wäre es, sie zum Inhalt von dogmatischen Erörterungen zu machen. Frei vom positivistischen Buchstabenkult und einer zur Anarchie führenden Lösung vom Gesetz [1]) bindet der neue § 2 StGB. somit das richterliche Ermessen an die Grundwerte des Staates, die Richtlinien der Führung (Gesetz, Tatbestände, Grundgedanken eines Strafgesetzes) und das Rechtsgewissen des Volkes. (2. Voraussetzung.) Die Rechtssicherheit ist somit gleichartige Erfassung allen Unrechts und nicht Berechenbarkeit der eintretenden Folgen [2]). Damit führt der neue § 2 StGB. zu den Grundlagen der materiellen Rechtsidee. Indem das Volksgewissen als wertender Faktor neben die Fixpunkte des Gesetzes gestellt wird, zeigt dieses mehr als bisher den Umfang des Unrechts und dient so der Erkenntnis und der materiellen Gerechtigkeit. Sie konnte bisher durch die Aufrechterhaltung des Analogieverbotes in den — wenn auch nur wenig — auftretenden Fällen niemals ganz erreicht werden. Die oben angeführten Beispiele zeigen es deutlich. Denn durch die strenge und doch teilweise unvollständige Fassung der Tatbestände und andererseits durch das menschliche Unvermögen, alles vorherzusehen, blieben immer Lücken im Gesetz. So sagt Gürtner mit Recht [3]), „Unrecht gibt es auch da, wo keine Gesetze vorhanden sind." Seit aber eine einheitliche Weltanschauung Richter und Volk beherrscht, kann das Unrecht von beiden leicht und übereinstimmend erkannt werden. Für die Anwendung des § 2 StGB. sind vor allem folgende Gesetzeslücken zu berücksichtigen [4]):

„a) Eine Frage ist vom Gesetzgeber nicht geregelt worden, weil er sie aus irgendwelchen Gründen für eine Lösung noch nicht reif erachtete. Dabei können die Gründe politisch-taktische, rechtliche oder allgemeine sein.

b) Das ständige Fortschreiten der menschlichen Kultur und Zivilisation, insbesondere die Entwicklung der Technik schaffen neue Lebensverhältnisse und Möglichkeiten, mit denen der Gesetzgeber bei Erlaß des Gesetzbuches oder einzelner Gesetze noch nicht gerechnet hatte. (Elektrizitätsfall.)

c) Aus Versehen ist die Regelung eines Tatbestandes unterblieben."

In all diesen Fällen konnte wegen Nichttatbestandsmäßigkeit eine analoge Rechtsprechung nicht stattfinden. Das Gesetz als Haupt- und einzige Rechts-

---

1) Siegert, JW., 1935, S. 889 ff.
2) Schinnerer a. a. O., S. 776.
3) DJ., 35, S. 1243.
4) Brinkmann a. a. O., S. 1587 ff, DJ., 35.

quelle sagte nichts aus. Erst der neue § 2 StGB. bietet die Voraussetzung, Abhilfe zu schaffen, indem er die ungeschriebenen Rechtsquellen berücksichtigt. Diese gliedern sich in zwei Elemente, den Grundgedanken eines Strafgesetzes und das gesunde Volksempfinden.

Was die Rangordnung von geschriebenem und ungeschriebenem Recht angeht, so ist insoweit eine Trennung zu machen, als das geschriebene Recht bereits erkenntlich geworden ist, das ungeschriebene erst kenntlich gemacht werden soll. Darüber hinaus besteht die Tatsache, daß alles ungeschriebene Recht die Tendenz besitzt, zum Gesetz zu werden. In dieser Beziehung ist also das geschriebene Recht privilegiert. Die Unterschiede entfallen aber bei der materiellen Wertung. Es gibt kein besseres oder schlechteres, sondern nur einfach das Recht, wobei natürlich zu berücksichtigen ist, daß dessen Beurteilung immer verschieden ausfällt, entsprechend der Verschiedenartigkeit der Volksgenossen. Man muß sich also hüten, ein aus ungeschriebenem Recht hergeleitetes Urteil als zweitrangig anzusehen. Indem der nationalsozialistische Gesetzgeber das ungeschriebene Recht zur Bestrafung verbrecherischen Tatwillens heranzieht, spricht er ihm seine volle Gleichberechtigung dem Gesetz gegenüber aus. Zum andern dient es zum Ausbau und zur Verbindung des geschriebenen Rechts und erfüllt damit allerdings die Funktion, aus rechtstechnischen Gesichtspunkten und aus dem staatlichen Ordnungsdenken heraus, das Gesetz bei den Volksgenossen zu erhöhter Anerkennung zu bringen. Es kann ja deshalb nicht mehr eine Vertrauenskrise geben, weil die Lückenhaftigkeit des Gesetzes in Verbindung mit dem Analogieverbot bei dem Volke den Eindruck der Ungerechtigkeit erweckt. Vielmehr erfaßt der neue § 2 StGB. alle erforderlichen Lücken, ohne in sich die Gefahr zu bergen, daß ein „Fallrecht" [1]) das Gesetz mit seinen Hilfsmittel-Normen beseitigen wird.

Betrachten wir zuerst die erste Voraussetzung der Analogie. Es wird der Grundgedanke eines Strafgesetzes gefordert. Hierbei entstehen sofort verschiedene Auslegungen des Wortes Strafgesetz, mit denen der Umfang der Anwendung ursächlich verknüpft ist. Man kann darunter das Strafgesetzbuch als Ganzes verstehen. Dann umschließt der Begriff alle Bestimmungen des Allgemeinen und Besonderen Teiles. Im anderen Sinne ist unter Tatbestand ein ganz besonderer Deliktstypus, wie er nur im Besonderen Teil des Strafgesetzbuches zu finden ist, zu verstehen. Zu ihm gehören alle Tatbestandselemente (Rechtswidrigkeit, Schuld, Vorwerfbarkeit und auch die daran angeknüpfte Strafdrohung).

Man will nun für die Anwendung des § 2 StGB. bezüglich des Grundgedankens einzig und allein einen solchen aus einem Deliktstypus des Besonderen Teils herleiten [2]), weil die Vorschriften des allgemeinen Teils nicht selber Strafgesetze, sondern Modifikationen von solchen darstellen. Es leuchtet aber ohne weiter ein, daß es sinnlos wäre, besondere Tatbestände im luft-

---

1) Mezger, DJZ., 36, Heft 10.
2) Zimmerl, Festschrift für Graf Gleispach.

leeren Raum ohne Verbindung mit den allgemeinen Erkenntnisquellen aufzustellen. Auch ein allgemeiner Teil des Strafgesetzes wäre zwecklos, wenn er nicht für die praktische Rechtsanwendung geschaffen wäre. Gerade dies wirft ja der Nationalsozialismus der liberalistischen Strafrechtswissenschaft der Vergangenheit vor, daß sie sich viel zu sehr in bloßen Theorien und Modifikationen bewegt habe. — Den gleichen Fehler hatte auch die Lehrmethode. — Darum möchte ich nachdrücklich die Meinung vertreten, allgemeinen und besonderen Teil als Ganzes und als sich gegenseitig bedingende Einheit zu sehen. Man vergegenwärtige sich doch die Aufgabe des Richters! Was nützen ihm bislang die spezifischen Tatbestandsmerkmale des besonderen Teils, beim Diebstahl etwa die „fremde" oder „bewegliche" Sache oder die Zueignungsabsicht", wenn nicht dazu die dem allgemeinen Teil „entnommene Rechtswidrigkeit oder der Schuldvorwurf käme? Darum ist an der weiten Fassung der analogen Rechtsanwendung festzuhalten. Wenn auch nicht allein aus den Hilfsmitteln und Rechtsgrundsätzen des allgemeinen Teils eine Strafe neu hergeleitet werden kann, so kann bei der Anwendung des neuen § 2 nicht einfach ein Grundgedanke des allgemeinen Teils unbeachtet bleiben. Die allgemeinen Voraussetzungen für die Anwendung des besonderen Teils sind immer die allgemeinen Lehren. Eine Gefahr muß natürlich gesehen werden. Der Richter soll nicht blindlings aus irgendeinem Paragraphen des Gesetzes heraus Anlehnungspunkte für irgendwelche strafgesetzlichen Grundlagen hernehmen. Das würde nicht nur zur Zersplitterung der Rechtsauffassung, sondern auch zu einer verschiedenartigen Anwendung führen. Dadurch würde die Einheit der Rechtsordnung und somit die Rechtssicherheit gefährdet. Hier würde keine Gesamtausrichtung an den Anfang der Betrachtungen gestellt, die aus einer umfassenden Weltanschauung die auftretenden Fälle in das Gesamtgeschehen eingliederte und sie nach ihrer Wirkung für die Nation beurteilte. Die erste Voraussetzung ist deshalb umfassend zu betrachten. Diese Tatsache liegt auch in dem Bestreben des Nationalsozialismus, anstelle des formellen den materiellen Begriff des Rechts herauszuarbeiten. Indem man über eine gesetzlich festgelegte Paraphierung hinwegschreitet, will man eine etwaige Veraltung des Gesetzes oder eine Orientierung an falscher Geisteshaltung mit dem aus der Wirklichkeit geborenen Weltanschauungsdenken über den Grundgedanken des Rechts überwinden. Diese Klarheit besiegt auch die immer noch vertretene Meinung, man müsse den Sinn des Gesetzes aus den bei Erlaß zugrundegelegten Zweckmomenten herauslesen. Gewiß enthält diese Betrachtungsweise insofern etwas Richtiges, als sie damit das rein formelle Rechtsdenken mit einem materiellen Inhalt ausfüllt. Dieser ist aber nicht ganzheitlich; denn sein Ausgangspunkt ist nicht das Gegenwärtige. Jede materielle Wertung muß totale Maßstäbe und eine einheitliche Grundbasis besitzen. Dann erst wird die Einheit hergestellt. Wenn wir also von einem Grundgedanken sprechen, stellen wir die tragenden Ideen der Gesamtrechtsordnung in den Mittelpunkt. Im Gegensatz zur herrschenden Meinung vertrete ich deshalb den Standpunkt, daß aus allgemein weltanschaulichen

Erwägungen und als rechtspolitische Grundlage für die Analogieanwendung überhaupt eine Grundgedanken-Analogie Platz greifen muß.

Es ist zuzugeben, daß eine oberflächliche Festlegung auf einen Grundgedanken unter Außerachtlassung der juristischen Systematik eine Gefahr für das Recht bedeutet. Andererseits dient aber der Einblick in die leitenden Gedanken, die Zwecksetzung und die Erforschung des Sinnes eines Rechtssatzes regelmäßig der Vertiefung des Blickfeldes und verhindert so eine einseitige Anwendung. Wir glauben sogar, daß ein Zurückgehen auf den Grundgedanken nicht nur stets die Verbindung von Recht und Volk immer wieder herstellen wird, sondern daß auch damit das „richtige Recht" zum Ausdruck kommt. Wer allerdings den Grundgedanken als einen schwammigen und unklaren Begriff auffaßt, und wer glaubt, die Hilfsmittel einer Generationenkette fleißiger Juristen außer Acht lassen zu müssen, der ist nicht geeignet, Richter im nationalsozialistischen Staat zu sein.

Daraus ergibt sich, daß bezüglich des Grundgedankens alles von der Fassung des Begriffes abhängt. Von vornherein ist der Begriff des Grundgedankens nicht mit dem des gesunden Volksempfindens zu verwechseln, etwa dahingehend, daß man darunter die allgemeine Volksüberzeugung vom Strafgesetz sieht. Auch ist eine laienhafte Betrachtung zu verwerfen, die das in die Augen Springende für das allein Wesentliche hält oder die oberflächlichen Unterscheidungsmerkmale zwischen den verschiedensten Deliktstypen [1]). Beispielsweise macht das Volk nur selten einen Unterschied zwischen den Tötungsdelikten, Mord oder Totschlag. Es sieht hierbei fast immer nur den Erfolg. Gerade an diesem Beispiel erhellt die Wichtigkeit des allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches. Besonders bei den stark ausgeprägten Gemeinschaftsdelikten ergibt sich die Änderung der Anschauung durch das Mittel der Analogie. Faßt man die Grundgedanken der Gesamtrechtsordnung für die Analogie-Anwendung so auf, so kann man allerdings die erste Voraussetzung als die „tatbestandsmäßige Achse" bezeichnen, wenn man in diesem Zusammenhang diesen Ausdruck prägen darf. Durch die jahrhundertelange Übung und die Aufstellung von Spezialbeständen sind die einzelnen Verbrechensmerkmale sehr stark voneinander abgehoben, lassen sich aber auf Grund der Rechtstechnik mit Leichtigkeit in verschiedene Komponenten zerlegen. Für die Suche nach dem Grundgedanken sind nach meiner Überzeugung deshalb vorerst die juristischen Argumentationen des Gesamtstrafrechts maßgeblich. Damit ist die Gefahr einer allzu großen Ausweitung beseitigt. Indem der Richter sich an den im geltenden Strafgesetz vorhandenen Grundgedanken orientiert und dadurch stets neu in das Gesamtgefüge des Rechts eindringen muß, wird in Verbindung mit dem gesunden Volksempfinden stets die materielle Ebene des Rechts eingehalten. Der umgekehrte Weg führt zum Formalismus. Faßt man den Grundgedanken eines Strafgesetzes zu eng, haftet man an Fixpunkten und dringt nicht ins Wesensgefüge. Die einzelnen Tatbestandselemente treten in den Vordergrund. Sie be-

1) Zimmerl, Festschrift, S. 9.

engen aber die Gesamtschau des Rechts. Außerdem erwachsen hierbei gegenüber der zweiten Voraussetzung, dem gesunden Volksempfinden, sofort dogmatisch-formelle Schwierigkeiten. Sie können den Richter in Konflikte bringen oder den Eindruck erwecken, als wiedersprächen sich erste und zweite Voraussetzung des neuen Analogieparagraphen. Denn im allgemeinen wird das gesunde Volksempfinden immer mehr zu verständlicheren weiten Begriffen als zum Formalismus neigen. Der Mittelweg ist also auch hier der beste. So gesehen stellt sich die erste Voraussetzung als die Komponente des Gesetzesrechts, die zweite als die des Gewohnheitsrechts dar. Aus dieser neuen Definition erhellt auch, daß zur Bestimmung des Grundgedankens eines Gesetzes exakte juristische Begründungen und eine eingehende juristische Ausbildung nötig sind. Auf Grund der Orientierung am Gesetzeszweck halte ich es deshalb für die Fälle der Analogie entgegen dem Wortlaut nicht für notwendig, sämtliche subjektiven und objektiven Merkmale eines einzelnen Deliktstypus zu verlangen. Eine solche gänzliche Übereinstimmung machte überhaupt eine Analogie überflüssig; denn es ist ja gerade das Wesen der analogen Rechtsanwendung, daß sie nur dort Platz greift, wo Gesetzeslücken vorhanden sind, Rechtslücken aber beseitigt werden müssen.

Die Aufgabe des Richters ist, alle Elemente zusammenzufassen. Danach folgt der Vergleich mit den schon vorhandenen Deliktstypen. Ist der Fall qualitativ und quantitativ [1]) einem Typus ähnlich, so ist die Beurteilung sehr einfach. § 2 StGB. ist ohne weiteres anzuwenden. Fehlen Tatbestandselemente, so ist zu untersuchen, ob diese nicht aus einem Grundgedanken des allgemeinen oder besonderen Teiles ersetzt werden können. Die Ausrichtung muß sich also immer an einen besonderen Deliktstypus halten, während beim Aufsuchen der einzelnen Elemente alle Grundgedanken herangezogen werden müssen. Nach dem nationalsozialistischen Willensstrafrecht ist beispielsweise eine starke Verschiebung zwischen Täterschaft und Teilnahme, Versuch und Ausführung eingetreten, weil mit Recht jede Tatbeurteilung auf den verbrecherischen Willen abzustellen hat. Dies muß auch bei der analogen Rechtsanwendung zum Ausdruck kommen, weil der Grundgedanke unseres Strafrechts sich in diesen Punkten gegenüber früher entscheidend geändert hat.

Bei dieser Betrachtung ist eine auf dem Führerprinzip des Gesetzgebers beruhende Ausnahme zu machen. Überall wo der nationalsozialistische Gesetzgeber Fälle entscheidend und ausschließlich geregelt hat, ist die Analogie zu verwerfen. Die lesbische Liebe zwischen Frauen ist nicht unter Strafe gestellt. Eine analoge Bestrafung nach § 175 entfällt [2]). Im § 49a wird die Aufforderung zu einem Verbrechen mit Strafe bedroht. Er knüpft an die Definition in § 1 Abs. I an. Folglich kann er bei Vergehen nicht angewandt werden. Im Verfahren wird zwischen vereidigter und unvereidigter Aussage unterschieden. Es wäre deshalb falsch, wollte man bei der Strafbarkeit beide als gleichwertig ansehen. Auch darf der Richter nicht dort analog bestrafen,

1) Zimmerl a. a. O.
2) Genau so die gesamte Wissenschaft.

wo der Gesetzgeber einen eigenen Urtatbestand (§ 263) oder einen Aushilfstatbestand (§ 265a) geschaffen hat. Auf die Automatenerschleichung kann also § 263 nicht analog angewandt werden [1]). An all diesen Fällen zeigt sich auch, daß man nicht aus dem gesunden Volksempfinden allein eine Strafbarkeit herleiten kann. Dort wo der Gesetzgeber aus rechtspolitischen Gesichtspunkten trotz des gesunden Volksempfindens Beschränkungen auferlegt, müssen diese gewissenhaft eingehalten werden. Gegenüber der vornationalsozialistischen Gesetzgebung ist jedoch eine Ausnahme zu machen. Wie all diese damaligen Gesetze einer eingehenden Prüfung auf weltanschauliche Zuverlässigkeit unterzogen werden müssen, so ist eine Unterscheidung auch hier nötig. „Denn der lebendig fortentwickelte Wille des heutigen Gesetzgebers ist maßgeblich" [2]). Dieser Grundsatz ist aber nicht generell durchzuführen. Auf Grundgesetze des Nationalsozialismus bezogen (beispielsweise die Rassengesetze) kann der Initiative des Gesetzgebers durch den Richter kein Recht zum Vorgreifen gestattet werden. Soweit es sich aber um untergeordnete Fälle handelt, die aus der allgemeinen Linienführung des Nationalsozialismus entspringen und keine gesetzgeberischen Maßnahmen gefährden, ist eine Analogie möglich. Deshalb geht zum Beispiel die Reichsgerichtsentscheidung vom 18. 2. 1936 an dem Wesen dieser Betrachtung vorbei, weil sie auf die Absicht des Gesetzgebers abstellt, worin ihr natürlich zuzustimmen ist.

Nach der oben vertretenen Ansicht entfällt auch die Schwierigkeit, „ob § 2 auch dann Anwendung finden kann, wenn zwar der Wortlaut eines Strafgesetzes auf den konkreten Fall zutrifft, der Unrecht- und Schuldgehalt dieses Falles aber durch die Subsumtion unter jene Gesetze stelle qualitativ oder quantitativ nicht voll erfaßt würde" [3]). Das soll nicht heißen, daß wir die Bedeutung dieser Tatsache nicht anerkennten. Stehen wir auf dem Standpunkt, daß die Grundgedanken der Gesamtrechtsordnung und nicht die eines besonderen Deliktstypus für den neu zu formenden Deliktstypus heranzuziehen sind, so kann eine Verbindung zwischen den verschiedensten Typen möglich sein, ohne daß man über die Grenzen der Analogie hinausgeht. Wenn auch keine neuen fest formulierten Typen geschaffen werden dürfen, — dieses Recht hat nur der Gesetzgeber — so muß im Hinblick auf die materielle Gerechtigkeit gefordert werden, daß das Maß des verbrecherischen Willens auch vom Staate mit gleichem Maße gemessen wird.

Treffen also in einem Falle verschiedene Gesichtspunkte zusammen, nach denen man bestrafen könnte, so wird je nach dem Maße des Unrechts der geeignete Deliktstypus herauszusuchen und ihm analog zu entscheiden sein. Es ist daher mit Zimmerl der Standpunkt zu vertreten [4]), daß in Zweifelsfällen über die Gesetzesstelle der Deliktstypus anzuwenden ist, der die „qualitativ und quantitativ richtigste Entscheidung" mit sich bringt, auch wenn ein anderer Typus besser auf den betreffenden Fall passen würde.

---

1) Schwarz zu § 2.
2) Siegert, JW., 35, S. 891.
3) Zimmerl, Festschrift, S. 16.
4) Zimmerl, Festschrift, S. 16.

Die zweite Voraussetzung des § 2 StGB. ist, daß die Tat nach gesundem Volksempfinden Strafe verdient. Hier fällt sofort die Rangordnung zum Gesetz in die Augen. Vor allen Dingen auch deshalb, weil zwischen der Begründung der Strafgesetz- und der Prozeßnovelle eine Diskrepanz vorhanden ist. Während die Strafgesetznovelle das Gesetz als „erste und vornehmste Erkenntnisquelle" bezeichnet, gilt das gesunde Volksempfinden in der Prozeßnovelle „dem Strafgesetz im engeren Sinne als völlig gleichwertig". Das ist nun oft dahingehend verstanden worden, als könne eine Bestrafung nach gesundem Volksempfinden völlig losgelöst vom Gesetz eintreten. Derartige Auffassungen sind aber irrig, weil sie gegen den Führergrundsatz des nationalsozialistischen Staates verstoßen. Es soll jedoch lediglich zum Ausdruck gebracht werden, daß zwischen dem Gesetz und der völkischen Sittenordnung keine Verschiedenheiten mehr herrschen. Beide vereinigen sich zum Recht des Nationalsozialismus. Darüber hinaus hindert die im § 2 StGB. ausdrücklich ausgesprochene Bindung des Richters an den Grundgedanken eines Strafgesetzes eine solche weite Auslegung. In gewissem Sinne war — wenn auch unbewußt — schon früher eine Bindung an die Sittenordnung vorhanden, indem nämlich normative, wertausfüllungsbedürftige Tatbestände im Gesetz verwertet oder eingeführt wurden. „Sie konnten nicht vom Gesetz her erfaßt werden, sondern fußten allein auf der Sittenordnung" [1]).

Die Prüfung, wieweit die Sittenordnung als Rechtserkenntnisquelle zu gebrauchen ist, wird dem Richter naturgemäß immer Schwierigkeiten bereiten. Die Rechtsanschauungen des Volkes als des Ausgangspunktes allen Rechts sind nämlich in keiner Weise einheitlich. Fest steht von vornherein, daß man den Fehler vermeiden muß, das gesunde Volksempfinden mit dem Urteil oder den Anschauungen der Masse gleichzusetzen. Sie ist stets uneinheitlich und schwankend und kein ruhender Faktor in der Betrachtung und Anwendung des Rechts. Es kann vor allem in großen Staaten Gebiete geben, in denen eine minderwertige Rasse oder besonders geartete wirtschaftliche, politische oder allgemein menschliche Interessen den Großteil der Bevölkerung zu laxen und falschen Rechtüberzeugungen gebracht haben. Hier deckt sich das gesunde Volksempfinden nicht mit der Mehrheitsauffassung. Man denke auch zum Beispiel an Revolutionszeiten oder andere inner- und außenpolitische Krisen, die eine allgemeine Unruhe im Volke aufkommen lassen. Dann ist meist kein gesundes, sondern ein nervöses Volksempfinden bei der großen Masse festzustellen, dem zu folgen der Richter sich hüten muß. Gerade hierbei sind aber allgemein wertende Maßstäbe anzulegen. Wir sind kein einheitliches Volk, das in all seinen Gliedern mit derselben Substanz ausgestattet ist, oder eine einzige Rasse darstellt. Vielmehr setzt sich das Deutsche Volk aus den verschiedensten Stämmen zusammen und es ist nicht einmal lange her, daß wir den Partikularismus in Verwaltung, Recht und Politik überwanden. Wäre das Volk bereits zu einer einheitlichen Nation zusammengeschweißt — wozu wir erst jetzt auf dem Wege

1) Freisler, Jahrbuch des Deutschen Rechts, 2. Band, S. 520—539.

sind — wie etwa Frankreich oder England, so ließe sich vielleicht eine Definition des gesunden Volksempfindens geben. Zwar sind die verschiedensten Definitionen aufgetaucht. Man nennt es selbständige Äußerungsform der lebendigen völkischen Rechts- und Sittenordnung [1]). Andere sehen in ihm die „Anschauung der anständigen Leute" [2]). Man bezeichnet es auch als die durchgängige Anschauung im Volke von Sitte, Unrecht, Schuld und Sühne [3]), oder als „natürliches Rechtsempfinden aller billig und gerecht denkenden Volksgenossen" [4]). All diese Definitionen sind zemlich weit gehalten. Sie sollen und können aber auch nur Anhaltspunkte bieten, weil wegen obigem das gesunde Volksempfinden nicht in Begriffe gefaßt und einzeln zerlegt werden kann. Vielmehr ist es ein wertausfüllungsbedürftiges, kein deskriptives Element. Sind auch obige Definitionen unklar, so können sie doch Fixpunkte für die Erkenntnis sein. Insoweit berühren sie sich mit den Tatbestandsmerkmalen. Der Richter hat hierbei aber auch noch zu berücksichtigen, ob die Tat so verwerflich ist, daß sie mit Strafe belegt werden muß. Das ist nicht immer ganz einfach. Muß er doch die Verbindung schaffen zwischen der laienhaften Beurteilung des betreffenden Falles einschließlich der bei den einzelnen Volksgenossen auftretenden Spannungen und Meinungsverschiedenheiten und dem in das Gesetz oder die Auffassung vom gesunden Volksempfinden gelegten juristischen Wert. Das Volk kennt ja nicht die Einzelheiten der strafrechtlichen Beurteilung und deren Folgen. Aus dem tragenden Rechtsgedanken hat deshalb der Richter genauestens zu prüfen, wieweit die Verabscheuungswürdigkeit geht, und ob sie so stark ist, daß sie bestraft werden muß.

Hierbei ergibt sich von selbst, daß eine derartige Rechtsfindung und analoge Anwendung aus der neuen Rechtserkenntnisquelle des gesunden Volksempfindens nicht einem Lapalienkult huldigen darf, dahingehend, daß jeder minimale Verstoß gegen eine geringe Vorschrift strafwürdig ist. Übertretungen müssen bei einer analogen Rechtsanwendung wegen mangelndem öffentlichen Interesse freibleiben. Es könnte sonst leicht der Fall eintreten, daß gerade aus dem Egoismus des Einzelnen eine Rechtsunsicherheit entstände.

Es wurde bereits weiter oben gesagt, daß das gesunde Volksempfinden als Rechtserkenntnisquelle zu werten ist. Hierüber herrscht in der Wissenschaft aber Streit. Während der größte Teil an diesem auch von uns vertretenem Standpunkt festhält, vertritt ein Teil die Meinung, daß die Verbindung des gesunden Volksempfindens mit dem Grundgedanken eines Strafgesetzes eine eigene Rechtsquelle oder Rechtserkenntnisquelle ausschließe [5]). Abgesehen davon, daß die amtliche Strafrechtskommission das Gegenteil ausdrücklich zum Ausdruck gebracht hat (s. o.), treten doch auch

---

1) Mezger, Se. 602, DJZ., 36.
2) Gürtner, 59. Sitzung der amtl. Kommission bei Schäfer-v. Dohnanyi, S. 187.
3) Schwarz zu § 2 Erl., 1. Bl.
4) Schäfer-v. Dohnanyi, Nachtrag zu Frank, S. 187.
5) Zimmerl a. a. O., S. 4.

Fälle auf, welche ihre Strafbarkeit allein auf dem gesunden Volksempfinden begründen. Aber auf dem Umweg über das Gesetz!

Wenn das vorläufig erst ganz wenige sind[1]), so wird ihre Zahl sich mit dem Weiterschreiten des Nationalsozialismus sicherlich vergrößern. Das muß aber bei der Frage der Analogie deshalb besonders ins Gewicht fallen, weil sie selber von nur geringer praktischer Bedeutung ist. Zwar ist zuzugeben, daß auf Grund des erweiterten Passus: „Grundgedanke eines Strafgesetzes" dessen Einschränkung „gesundes Volksempfinden" eine weit geringere Rolle spielt, als es ohne die erste Voraussetzung der Fall wäre. Dennoch hat die allgemeine Volksüberzeugung in einer solch wichtigen Übergangszeit vom liberalistischen zum nationalsozialistischen Strafrecht erhöhte Bedeutung, insbesondere durch die vom Gesetzgeber eingeschlagene organische Entwicklung des gesamten Rechts und Lebens. Trifft der Grundgedanke eines heute überwundenen oder veralteten, noch nicht außer Kraft gesetzten Gesetzes zu, so wird dieser in gewissem Sinne beseitigt werden können. Dennoch darf der Richter nicht so weit gehen, um auf Grund der neuen Rechtserkenntnisquelle ein noch bestehendes Gesetz aufzuheben oder ihm entgegenzuentscheiden. Es wäre überhaupt zu verwerfen, wollte der Richter sich etwa in philosophischen Erörterungen über den Begriff des gesunden Volksempfindens auslassen, oder in Gegenden, wo selbst die Berufs- oder Lokalinteressen und Anschauungen ziemlich einheitlich und allgemeiner Natur sind, in diesem Sinne entscheiden. Wie über der privaten Existenz die geläuterte Ganzheit der Nation steht, so muß auch in diesem Falle über regionale Auffassungen, seien sie dort selbst allgemeine Volksüberzeugung, das Rechtsbewußtsein der Gesamtnation Platz greifen und die Gesinnung der Volksgemeinschaft zum Durchbruch kommen. Sie allein mißt und bewertet das sittliche Verhalten des Einzelnen, legt ihm eine weise Selbstbeschränkung auf und verhindert so ein allgemeines Kapitulieren vor laxen Begriffen und Moralinanschauungen. Besonders deutlich und wichtig ist dies im Hinblick auf die Gebundenheit gegenüber der ersten Voraussetzung. Sie ist die Nivellierachse, an dem sich das Urteil des Richters halten kann, weil der Grundgedanke eines Strafgesetzes aus der Fülle der jahrhundertelangen Erfahrung der im Gesetz festgelegten Tatbestände schöpft. An ihnen braucht der Richter nicht in formalistisch-dogmatischer Statik zu beharren. Sondern sie sind zu benutzen als Orientierungslinien des Volkswillens und der Volksordnung.

Für die Betrachtung der ersten und zweiten Voraussetzung ist es nach unserer Meinung nicht wichtig, welche von beiden im Gesetz zuerst oder zuletzt genannt ist. Sie sind nämlich unlöslich miteinander verbunden; denn nur wenn der Grundgedanke eines Strafgesetzes und das gesunde Volksempfinden zusammentreffen, soll die Tat bestraft werden. Das geht deutlich aus dem Passus „u n d" hervor. Es ist daher belanglos, ob man in dieser

---

1) § 330 c StGB.

Betrachtung zuerst die juristische Bedeutung der einen oder anderen Voraussetzung erörtert [1]).

Aus all diesen Gründen ist die Meinung berechtigt, daß sich die beiden Voraussetzungen der Analogie des neuen § 2 StGB. völlig gleichwertig gegenüberstehen. Sie sind zwei nach verschiedenen Gesichtspunkten angelegte Sicherheitsventile. Das eine sorgt für Einhaltung des Führerprinzips im Staat (erste Voraussetzung), das andere für die Beseitigung von insbesondere in Übergangszeiten auftretenden Härten gegenüber der Rechtsüberzeugung des Volkes, (2. Voraussetzung) weil der Gesetzgeber aus allgemeinen und taktischen Gesichtspunkten eine organische Entwicklung des Rechts für notwendig befunden hat. Für die Fortentwicklung wird es sich also um die Frage handeln, ob der Gesetzgeber für die Zukunft nach Herstellung seiner gesetzten Rechtsüberzeugung auf allen Gebieten und nach restloser Beseitigung des liberalistischen Denkens der Vergangenheit noch einen solchen Passus „gesundes Volksempfinden" braucht. Oder ob sich nicht allein aus dem Grundgedanken eines Strafgesetzes jede verwerfliche und noch nicht gesetzlich mit Strafe bedrohte Tat bestrafen lasse. Auch hierin treten die verschiedensten Meinungen auf. Es wäre dabei an den Aufbau von Zentraltatbeständen zu denken [2]), oder an ein an den strafrechtlichen Grundlagen orientiertes Rechtsinhaltssystem [3]). Andere wieder wollen aus dem steten Wechsel der Volksüberzeugung die ständige Berechtigung der zweiten Voraussetzung herleiten [4]). Nach der hier vertretenen Ansicht müßte ein bis in alle Einzelheiten geregeltes nationalsozialistisches Strafrecht in seiner Fassung so wertausfüllende Begriffe umfassen, daß es alles aus dem Grundgedanken eines Strafgesetzes herleiten könnte. Denn daran kann kein Zweifel bestehen, das Gesetz wird immer höchster und vornehmster Führerbefehl bleiben müssen, will das Volk nicht wegen mangelnder Organisationssicherung in einen Zustand des Chaos hinabsinken. „Das Gesetz ist als Führerbefehl der vornehmste und sicherste außerhalb aller Anzweiflung gestellte Ausdruck der Forderung des völkischen Gewissens [5])." Die Durchdringung des Strafrechts mit den materiellen Gesichtspunkten der nationalsozialistischen Rechtsüberzeugung müßte ein Strafrecht schaffen können, das in sich alle strafbaren Gesichtspunkte verwirklicht. Die Frage liegt aber dennoch am Rande. Wollen wir nicht die durch die gesunde Volksauffassung geschaffene Möglichkeit ergreifen, um damit auch die letzten Spuren eines volksfremden Rechts zu verwischen? Durch die gegenseitige Bedingtheit von Gesetz und Volksüberzeugung ist ja die Gefahr der Starrheit und der Uferlosigkeit überwunden. Mag auch die Entstehung des § 2 StGB. durch Kompromisse zwischen radikaler und gemäßigter Richtung be-

---

1) Gegen Zimmerl, S. 5, der dies Schäfer-v. Dohnanyi zum Vorwurf macht, der mit der Erörterung der zweiten Voraussetzung begann; a. a. O.
2) Freisler a. a. O.
3) Zimmerl a. a. O.
4) Schwarz a. a. O.
5) Freisler, JDR., 35, S. 523.

dingt gewesen sein, die heutige Fassung bietet die Möglichkeit, dem Führungs- und Ordnungsprinzip des Staates und dem völkischen Rechtsverlangen gerecht zu werden.

Lediglich im Hinblick auf die Betrachtungsweise des Richters wird die Frage nach der Stellung von „gesundem Volksempfinden" und „Grundgedanken eines Strafgesetzes" von Bedeutung sein. Der Richter kann nämlich vom Gesetz oder vom gesunden Volksempfinden ausgehen. Hält er sich an das Gesetz, so wird er aus den vorhandenen Tatbestandselementen eine Strafbarkeit herleiten wollen. Ergibt sich, daß dieses oder jenes nicht erfüllt ist, wird er den Grundgedanken eines Strafgesetzes heraussuchen. Fehlt auch dieser, so kann die Tat nicht bestraft werden; denn eine allein aus dem gesunden Volksempfinden entstehende Schrankenlosigkeit ist dem Richter verboten, weil er damit an die Stelle des Gesetzgebers träte. Bei Vorliegen eines Grundgedankens des Strafrechts wird nach dieser Methode das gesunde Volksempfinden heranzuziehen sein, um zu verhindern, daß weltfremde Gesetze aus früherer Zeit angewandt werden. Nach den oben gegebenen Darlegungen trifft aber meist beides zusammen, da ja die im Strafgesetzbuch angegebenen Tatbestände Fixpunkte des Volksempfindens sind.

Bei der anderen möglichen Methode folgt der Richter zu allererst seinem Rechtsgefühl, das ihn in die Brennpunkte des völkischen Lebens stellt. Er sieht im gesunden Volksempfinden die Quelle und den Born allen Rechts. Damit wird für ihn ein Verstoß gegen das gesunde Volksempfinden ein Verstoß gegen das Recht sein, also immer eine strafbare Handlung. Bei der Subsumtion unter den Grundgedanknen eines Strafgesetzes oder die Tatbestandsmerkmale selbst, wird er unter diesem psychologischen Einfluß zu einer weiteren Bestrafung und analogen Anwendung kommen. Zwar ist „die einheitliche Quelle und Grundlage des Strafrechts die völkische Rechts- und Friedensordnung" [1]); man kann aber daraus nicht folgern, daß die zweite Betrachtungsweise damit allein sanktioniert sei [2]).

Auch die Wendung in der weiteren Begründung von § 170a StPO. und in der amtlichen Begründung der Verfahrensnovelle zu Art. 1 „das gesunde Volksempfinden sei eine neue, dem Strafgesetz im engeren Sinne völlig gleichwertige Rechtsquelle", beseitigt nicht die Tatsache, daß diese neue Rechtsquelle niemals gegen das Gesetz verstoßen darf [1]). Vielmehr ist eher die Auffassung berechtigt, die das Gesetzesrecht durch diese neue Rechtsquelle als gestärkt ansehen will, weil damit die Entwicklung zwangsläufig zu einer gesetzlichen Erfassung — wenn auch in weitem Rahmen — aller strafwürdigen Handlungen führe. Zwischen den beiden möglichen Methoden der Rechtssprechung durch den Richter bestehen also erhebliche Unterschiede. Wir bekennen uns an dieser Stelle zur ersteren. Es gibt nämlich neben der Volksauffassung zum größeren Verständnis des Rechtssystems eine Fülle von

1) Amtliche Begründung.
2) Wie Schäfer-Dohnanyi a. a. O.
3) Freisler, DJ., 33, 694—696.

rechtstechnischen Begriffen, die eine juristische Wertung vorerst verlangen. Wäre das nicht der Fall, so müßte jeder Laie aus seinem Gefühl heraus zu richtigen Ergebnissen kommen. Darüber hinaus ist aber auch nicht einzusehen, weshalb der Richter sich der vorhandenen Hilfsmittel (Tatbestände und allgemeine Begriffe) nicht bedienen und sich auf den Weg eines verschwommenen und uneinheitlichen Volksempfindens begeben soll. Vielleicht ist in dieser Hinsicht dann eine Einschränkung zu machen, wenn die nationalsozialistische Weltanschauung einheitliche Lebensbasis für das gesamte Volk geworden ist.

Es wurde oben schon gesagt, daß eine Bestrafung aus dem gesunden Volksempfinden allein vom Gesetzgeber nicht gewünscht worden ist. Die Verfahrensnovelle baut diesen Gedanken aus, indem sie bestimmt: „Der Staatsanwalt im Vorverfahren und das Gericht im Hauptverfahren haben die Pflicht, bei einer vom gesunden Volksempfinden mißbilligten und im gesetzlichen Tatbestand nicht ausdrücklich für strafbar erklärten Tat zu prüfen, ob auf sie der Grundgedanke eines Strafgesetzes zutrifft und ob durch die analoge Anwendung dieses Grundgedankens der materiellen Gerechtigkeit zum Siege verholfen werden kann." Darüber hinaus zeigen auch die Erweiterung der Revisionsmöglichkeiten und die vergrößerte Zuständigkeit des Reichsgerichts, daß einer uferlosen Analogie viele Schranken gesetzt worden sind. Bei Analogieurteilen kann der Staatsanwalt nicht nur die Revision, sondern auch die Berufung verlangen und damit jeder Fall der Analogie vor das Reichsgericht zur Entscheidung kommen [2]). Im Rahmen dieser Arbeit mag diese prozeßrechtliche Betrachtung genügen.

Die Darstellung über die Analogie im Strafrecht hat bewußt eine andere Betrachtungsweise als ein großer Teil der früheren Doktorarbeiten. Es kann am Anfang des nationalsozialistischen Rechtsstaates nicht der Sinn einer wissenschaftlichen Arbeit sein, alle auftretenden Fälle des Lebens juristisch-dogmatisch für alle Zukunft bindend festzulegen. Insbesondere geht das nicht bei einer Betrachtung der Analogie, die an das Unvorhergesehene anknüpft. Wesentlich erscheint uns für die Gegenwart und noch eine Reihe von Jahren, immer wieder das Fundament des Nationalsozialismus herauszuarbeiten. Ist dies rechtspolitisch und allgemeinwissenschaftlich bis heute zwar schon genügend betont und dargestellt, so gilt es, die Überzeugung des Nationalsozialismus auch in allen Details durchzusetzen. Hier bedarf es aber einer Basis, von der der Uneingeweihte und mit unserer Rechtsauffassung nicht Vertraute immer wieder von den Quellen der Idee her Aufklärung erhält. Uns erschien bei dieser Arbeit daher nicht wesentlich, alle Fälle der Analogie erschöpfend zu erfassen und bis ins kleinste hinein zu zerlegen. Wir wollen das Recht auch nicht wieder schematisieren oder alle Möglichkeiten im voraus erfassen. Denn wir wollen dem Richter nicht die Arbeit abnehmen oder ihn zu einer oberflächlichen Tätigkeit erziehen. Das führte zwangsläufig zur Volksfremdheit zurück, wäre der Gesetzgeber nicht dauernd auf

---

1) Mezger, DJZ., 36, S. 602—606.
2) Im Einzelnen: Lehmann, Deutsche Justiz, 35, S. 999, bes. S. 1000.

dem Laufenden, um die wechselnde Rechtsüberzeugung des Volkes zu fixieren. Der nationalsozialistische Richter hat von der Wissenschaft und vom Gesetzgeber die Rahmenausrichtung zu entnehmen, nach der er alle Einzelheiten des täglichen Lebens zu meistern hat.

Auch für die Methode der Arbeit ist diese Ganzheitsschau dringend erforderlich. Es gibt heute einen großen Teil wissenschaftlicher Lehrer und Forscher, welche zwar mit bestechenden Worten und auf Anhieb wunderschöne, nationalsozialistische Lehren verkünden, in Wirklichkeit aber nicht ganzheitlich-weltanschaulich ausgerichtet sind. Wir können nicht von einigen wissenschaftlichen und rechtspolitischen Punkten ausgehen und von da aus ein System herausarbeiten. Es mag noch so schön aussehen: solange nicht dieses Bild ausgerichtet ist an der Gesamtschau vom Recht, die aus der Universalität und Totalität unserer Weltanschauung allein möglich ist, so wird an ihm doch nicht das innerste Wesen unserer nationalsozialistischen Wissenschaft zu erkennen sein. Wäre es nicht der Fall, so müßte der Jurist mit dem besten Verstand sich sicher auch am besten in das Wesen unserer Rechtsüberzeugung und unserer Wissenschaft hineindenken können. Die Weiterentwicklung führte zu einem rein nationalistischen Rechtsdenken. Dieses würde die verschiedensten Gebiete vielleicht meisterhaft unter eine Regel unseres Lebens subsumieren und den Anspruch erheben, im Rahmen der nationalsozialistischen Rahmengesetzgebung als unfehlbar zu gelten. Diesen Doktrinen haben wir den Kampf anzusagen. Beständig im Leben sind nur Weltanschauungsgesetze, einerlei in welcher Richtung sie sich auswirken. Darum gilt es, an alles die Maßstäbe der nationalsozialistischen Weltanschauung anzulegen, nicht, um sie zu zergliedern, sondern um mit ihrer Ganzheit ein Fundament für alle Lebens- und Wissenschaftsgebiete zu schaffen. Davon ausgehend wird es dann ein leichtes sein, alle auftretenden Einzelfälle der Wissenschaft zu lösen. Für die Analogie gilt diese Regel in erhöhtem Maße. Sie knüpft an bisher Unbekanntes und Ungeschehenes. Dieses hat sie ganzheitlich auszurichten und typenbildend zu gestalten.

Literatur

1. Allfeld: Lehrbuch.
2. Bierling: Zur Prinzipienlehre 1917, Tübingen.
3. Binding: Lehrbuch I.
4. Dahm-Schaffstein: Liberales oder autoritäres Strafrecht, 1932.
5. Exner: Gerechtigkeit und Richteramt, 1922.
6) Forsthoff: Der totale Staat.
7. Frank: Lehrbuch 1931, 3—46. Tsd.
8. Freisler: Schutz des Volkes oder des Rechtsbrechers, 1935.
9. Galles: Die Krise des Strafrechts und ihre Überwindung im Staatsgedanken, 1933.
10. Gerland: Lehrbuch, 2. Auflage.
11. Gerland: Grundfragen der Rechtswissenschaft.
12. Grolmann: Bibliothek für peinliche Rechtswissenschaft.
13. Gürtner: Das kommende deutsche Strafrecht, 1934.
14. Henkel: Die Unabhängigkeit des Richters im neuen Sinngehalt, 1934. — Strafrichter und Gesetz im neuen Staat.
15. v. Hippel: Lehrbuch I und II, 1930.
16. Höhn: Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft.
17. Kant: Kritik der praktischen Vernunft. Kirchmann, Ausgabe, 3. Aufl., 1882.
18. Kelsen: Allg. Staatslehre, Aufl., 1931.
19. Kern: Der gesetzliche Richter, Berlin, 1927.
20. Kern: Der Rechtsstaatsgedanke im Strafrecht und Strafverfahrensrecht von der Reichsgründung bis zur Gegenwart, 1933.
21. Kerrl: Denkschrift des preußischen Justizministers, 1934.
22. Kohlrausch: Rektoratsrede, 1932.
23. Kohler: Lehrbuch.
24. Köhler: Leitfaden des Strafrechts.
25. Leipziger Kommentar, 4. Aufl., 1929.
26. v. Liszt-Schmidt: Lehrbuch.
27. M. E. Mayer: Lehrbuch, 1915.
28. Mezger: Lehrbuch, Aufl., 1931.
29. Murach: Volksethik und Strafrecht, 1934.
30. Nicolai: Rassengesetzliche Rechtslehre, 1933.
31. von Ohlshausen: I. Auflage, 1927.
32. Siegert: 1. Grundzüge des Strafrechts im neuen Staat. — 2. Deutsches Strafrecht, 1934.
33. Spann: Der wahre Staat.
34. Schaffstein: Politische Strafrechtswissenschaft, 1933.
35. Schäfer-v. Dohnanyi: Nachtrag zu Frank, 1935.
36. Schmitt: Der Begriff des Politischen. — Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens. — Staat, Bewegung, VoVlk, 1934. — Der Hüter der Verfassung.
37. Schottlaender: Die geschichtliche Entwicklung des Satzes nulla poene sine lege. Strafr. Abh., 132.
38. Zimmerl: Aufbau des Strafrechtssystems, 1930. — Zur Lehre vom Tatbestand, 1928.
39. Zitelmann: Lücken im Recht.
40. Wehler: Die Analogie im Strafrecht, Breslau, Diss.
41. Dahlen: Analogie und extensive Auslegung im Strafrecht, 1929, Diss.
42. Krengel: Die Analogie im Strafrecht, Diss., 28.
43. Hitler: Mein Kampf.

Zeitschriften — Aufsätze

Schwarz: Gerichtssaal 106, S. 243 ff. Die Strafrechtsnovellen vom 28. Juni 1935.
Brinkmann: Grenzen der Analogieanwendung, DJ., 35, S. 1587 ff.
Allfeld: In Gerichtssaal 107.
Schinnerer: Analogie und Rechtsschöpfung, in Z. 55.
Gelbert: Rechtswidrigkeit und Rechtsmäßigkeit im Strafrecht des neuen Reichs, in DR., 34, S. 275 ff.
Vacano: Soll eine Analogie zu Ungunsten des Angeklagten möglich sein? In DR., 1934, S. 278 ff.
Schaffstein: Formalismus im Strafrecht, in DR., 1934, S. 349 ff.
Freisler: DJ., 33, 694.
Gleispach: Die jüngsten Strafrechtsnovellen Danzigs vor dem Permanenten Gerichtshof für internationales Recht im Haag, in DR., 1936, S. 23 ff.
Höhndorf: Deutsches Recht, 1936, 9/10.
Bung: DRZ., 1935, S. 269 ff.
Eichhorn: DRZ., Dez. 35, S. 321 ff.
Freisler: DJ., 35, S. 1160 ff.
Lühr: Darf der Richter gegen das Gesetz entscheiden? In DRZ., 1934, S. 33 ff.
Klee: Strafe ohne geschriebenes Gesetz, in DJZ., 1934, S. 639 ff.
Wunderlich: Der königliche Richter und das Gesetz, in DJZ., S. 10 ff.
Freisler: Rechtspflege und Verwaltung. Justizverwaltung und Richtertum, in DJZ., 1934, S. 167 ff.
Rumpf: Richter und Volksgemeinschaft, in DJZ., 1934, S. 377.
Flitner: Preußische Justiz, 33, S. 608 ff.
Kern: Die Grenzen der richterlichen Unabhängigkeit, in DJZ., 1933, S. 656 ff.
Herrschel: Staatlicher Befehl und richterliches Ermessen im neuen Reich, DJZ., 33, Heft 15, S. 1007,
Mezger: Das neue Strafrecht und die Strafrechtswissenschaft, in DJZ., 1936, S. 601 ff.
Schwarz: Der Strafrichter als Rechtsschöpfer, in DJZ., 210 ff.
Oetker: Alternative Schuldfeststellungen, im Gerichtssaal 106, S. 401 ff.
Lobe: Hoffnungen und Entwürfe. Einige Gedanken über die Beschlüsse der amtlichen Strafrechtskommission, im Gerichtssaal 107, S. 109 ff.
Schäfer: DJ., 35, S. 991 ff.
Lehmann: DJ., 35, S. 999 ff.
Freisler: Die Strafrechtsnovelle vom Juni 35 — ein Markstein nationalsozialistischer Rechtserneuerung, JDR., 35, Heft 3.
L. und E. Schäfer: Die leitenden Gedanken der beiden Gesetze zur Änderung usw., DJ., 35, Nr. 28.
Schäfer: Reichsverw., Bl. 35, Nr. 44.
Karl Schäfer: Das Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches vom 28. Juni 1935, in JW., 1935, S. 2323 ff., und JW., 1935, S. 2478 ff.
Freisler: DStR., 35, S. 1 ff.
Mezger: Z. 55, S. 249.
Schwarz: Strafgesetzbuch, 3. Auflage, DJZ., 35, S. 925 ff.
Dahm: Strafrichter und Gesetz im neuen Staat, 34; Ermessen des Richters im nationalsozialistischen Strafrecht, 34.
Freisler: Nationalsozialistisches Strafrecht, DJ., 34, S. 471.
Gleispach: Grundsätzliches zum kommenden Strafrecht, DJZ., 35, S. 5.
Gürtner: Der Gedanke der Gerechtigkeit in der Strafrechtserneuerung, DJ., 35, 1241.
Schaffstein: Nationalsozialistischer Strafrechtsgedanken zur Denkschr., Kerrl, Z. 53, S. 603.

Lebenslauf

Am 10. Oktober 1911 wurde ich als Sohn des Obermeisters und Landwirts Albert Hoffmann und seiner Frau Maria geb. Rubertus zu Unglinghausen, Kreis Siegen i. W., geboren. Nach vier Jahren Volksschule in meinem Heimatort besuchte ich von Ostern 1922 bis 1931 die Oberrealschule Weidenau, die ich mit dem Zeugnis der Reife verließ, studierte an den Universitäten Königsberg, Innsbruck, Münster und Marburg Rechts- und Staatswissenschaften und bestand am 26. Januar 1935 die erste juristische Staatsprüfung.

Von Juni 1935 bis Oktober 1936 leitete ich das Hauptamt für Presse, Film und Propaganda der Reichsführung der Deutschen Studentenschaft.

Außerdem war ich von Oktober 1935 bis 1. April 1937 Hauptschriftleiter der Westdeutschen Akademischen Rundschau. Seit 1. 1. 1937 bin ich in Rumänien.